

**KONTRIBUSI HUKUM PIDANA ISLAM TERHADAP
KONSEP MEDIASI PIDANA DALAM
PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA NASIONAL**

TESIS



Disusun Oleh :

Nama Mhs : DENDY PRASETYO NUGROHO. S.H
No. Pokok Mhs : 14912070
BKU : HUKUM & SISTEM PERADILAN
PIDANA

PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM

FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA

YOGYAKARTA

2018

**KONTRIBUSI HUKUM PIDANA ISLAM TERHADAP
KONSEP MEDIASI PIDANA DALAM
PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA NASIONAL**

TESIS



Disusun Oleh :

Nama Mhs : DENDY PRASETYO NUGROHO. S.H
No. Pokok Mhs : 14912070
BKU : HUKUM & SISTEM PERADILAN
PIDANA

**Telah diujikam di Hadapan Tim penguji dalam Ujian Akhir/Tesis
Dan dinyatakan LULUS Pada hari Kamis, 26 April 2018**

PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM

FAKULTAS HUKUM

UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA

YOGYAKARTA

2018



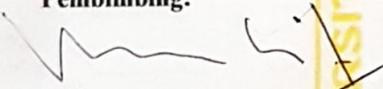
**KONTRIBUSI HUKUM PIDANA ISLAM TERHADAP
KONSEP MEDIASI PIDANA
DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA NASIONAL**

OLEH:

NAMA MHS. : DENDY PASETYO NUGROHO. S.H
NO. POKOK MHS. : 14912070
BKU : Hukum dan Sistem Peradilan Pidana

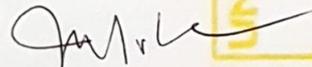
Telah diujikan dihadapan Tim Penguji dalam Ujian Akhir/Tesis dan dinyatakan
LULUS pada hari

Pembimbing:


Dr. Arief Setiawan, S.H., M.H.

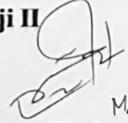
Yogyakarta, 26 April 2018

Penguji I


Prof. Dr. Rusli Muhammad, S.H., M.H.

Yogyakarta, 26 April 2018

Penguji II


Dr. Aroma Elmina, S.H., M.H.

Yogyakarta, 26 April 2018

Mengetahui
Ketua Program Pascasarjana Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia




Drs. Agus Triyanta, M.A., M.H., Ph.D.

MOTTO

من یرد اللہ بہ خیرا یفقہہ فی الدین

PERSEMBAHAN

Karya ini kupersembahkan kepada:

Ilahi rabi

Para guru (dosen) yang senantiasa membimbing, mengarahkan dan memberi pembelajaran

untuk almamter Universitas Islam Indonesia kebangganku

Ayah yang telah menanamkan motivasi, dengan ketegasan kasih sayang dan Ibu yang senantiasa memberi doa, nasihat dan semangat serta kasih sayangnya dan

kedua Adik yang selalu mensupport

untuk seorang yang senantiasa memberi semangat dan pelipurku.

para sahabat seperjuangan dalam menuntut ilmu

dan untuk siapa saja yang berjuang dengan berpegang teguh pada Iman, Ilmu, dan

Amal.

SURAT PERNYATAAN
ORISINILITAS KARYA TULIS ILMIAH/TUGAS AKHIR MAHASISWA
PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM UNIVERSITAS ISLAM
INDONESIA

Bismillahirrohmanirrohim

Yang bertanda tangan di bawah ini, saya:

Nama : DENDY RASETYO NUGROHO. S.H

No. MHS. : 14912070

Adalah benar-benar mahasiswa Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta yang telah melakukan penulisan Karya Tulis Ilmiah (Tugas Akhir) berupa Tesis dengan judul:

KONTRIBUSI HUKUM PIDANA ISLAM TERHADAP KONSEP MEDIASI PIDANADALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA NASIONAL

Karya Ilmiah ini akan saya ajukan kepada Tim Penguji dalam Ujian Pendadaran yang diselenggarakan oleh Pascasarjana Fakultas Hukum UII.

Sehubungan dengan hal tersebut, dengan ini Saya menyatakan:

1. bahwa karya tulis ilmiah ini adalah benar-benar hasil karya saya sendiri yang dalam penyusunannya tunduk dan patuh terhadap kaidah, etika, dan norma-norma penulisan sebuah karya tulis ilmiah sesuai dengan ketentuan yang berlaku;
2. bahwa saya menjamin hasil karya ilmiah ini adalah benar-benar asli (orisinil), bebas dari unsure-unsur yang dapat dikategorikan sebagai melakukan perbuatan *penjiplakan karya ilmiah (plagiat)*;
3. bahwa meskipun secara prinsip hak milik atas karya ilmiah ini ada pada saya, namun demi untuk kepentingan-kepentingan yang bersifat akademik dan pengembangannya, saya memberikan kewenangan kepada perpustakaan Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia dan perpustakaan di lingkungan Universitas Islam Indonesia untuk mempergunakan karya ilmiah tersebut.

Selanjutnya berkaitan dengan hal di atas (terutama pernyataan pada butir nomor 1 dan 2), saya sanggup menerima sanksi baik sanksi administrative, akademik, bahkan sanksi pidana, jika saya terbukti secara sah dan meyakinkan telah melakukan perbuatan yang menyimpang dari pernyataan tersebut.

Demikian Surat Pernyataan ini saya buat dengan sebenar-benarnya, dalam kondisi sehat jasmani dan rohani, dengan sadar serta tidak ada tekanan dalam bentuk apapun dan oleh siapapun.

Dibuat di : Yogyakarta

Tanggal : 28 April 2018

: membuat Pernyataan



Dendy Prasetyo Nugroho. S.H

KATA PENGANTAR



Alhamdulillahirobbil'alamin

Puji syukur kehadiran Allah SWT yang senantiasa melimpahkan rahmah, hidayah, dan inayah-Nya, sehingga penulis dapat menyelesaikan tesis yang berjudul **“KONTRIBUSI HUKUM PIDANA ISLAM TERHADAP KONSEP MEDIASI PIDANA DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA NASIONAL”**. Shalawat dan Salam senantiasa tercurahkan atas Baginda Nabi Muhammad SAW, yang telah mengajarkan agama yang penuh kedamaian, toleransi, persatuan.

Sebagai manusia biasa, penulis tentu sangat menyadari bahwa tesis ini jauh dari kesempurnaan. Namun demikian, dengan iringan do'a dan harapan, semoga tesis ini mempunyai nilai manfaat bagi siapa saja yang membacanya. Oleh karena itu, perkenankan penulis untuk menyampaikan ucapan terimakasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada:

1. Bapak Fathul Wahid, S.T., M.Sc., Ph.D, selaku Rektor Universitas Islam Indonesia.
2. Bapak Dr. H. Aunur Rohim Faqih, S.H., M.Hum., selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia;
3. Bapak Drs. Agus Triyanta, M.A., M.Hum., selaku Direktur Program Pascasarjana Universitas Islam Indonesia;
4. Bapak Dr. M. Arif Setiawan, S.H., M.H. Selaku pembimbing yang senantiasa dengan penuh kesabaran dan mengarahkan penyusun demi terselesaikannya

tesis ini. Tak ada kata yang dapat mewakili kesungguhan hati selain ucapan terimakasih.

5. Orang tua tercinta, Ayah Suroto S.H., M.Hum dan Ibu Nining Panca Wati S.E, penulis sadar bahwa yang mengantarkan penulis sejauh ini bukanlah ilmu yang sampai saat ini masih terus penulis pelajari, melainkan do'a-do'a dan restu yang kalian berikan. Semoga Allah SWT menempatkan kalian di surganya;
6. Segenap Pengurus dan Staf Pascasarjana Hukum UII yang senantiasa membantu dengan ketulusan, saya ucapkan terimakasih.
7. Bapak Syarif Nurhidayat S.H.,M.H selaku kepala Pusat Studi Kejahatan Ekonomi yang selalu memberikan arahan dan peringatan untuk segera menyelesaikan penulisan karya ilmiah ini.
8. Tentu banyak pihak yang telah berjasa kepada penulis atas penulisan tesis ini, namun karena berbagai keterbatasan tidak dapat penulis sebutkan satu-persatu, dengan segala kerendahan hati penulis haturkan permohonan maaf. Semoga semua yang telah mereka berikan kepada penulis, menjadi amal ibadah dan mendapatkan balasan serta keberkahan dari Allah SWT. Akhir kata, penulis berharap karya sederhana yang sangat jauh dari sempurna ini dapat memberikan kemanfaatan bagi penulis dan seluruh pembaca. *Amin ya Robbal 'Alamin*

Yogyakarta, 28 April 2018

Penulis

Dendy Prasetyo Nugroho. S.H

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
HALAMAN PERSETUJUAN.....	ii
HALAMAN PENGESAHAN.....	iii
HALAMAN MOTTO.....	iv
HALAMAN PERSEMBAHAN.....	v
KATA PENGANTAR.....	vi
DAFTAR ISI.....	ix
ABSTRAK.....	xii
BAB I PENDAHULUAN	
A. Latar Belakang Masalah.....	1
B. Rumusan Masalah.....	13
C. Tujuan Penelitian.....	13
D. Tinjauan Pustaka.....	13
E. Landasan Teori.....	29
F. Definisi Operasioanal.....	39
G. Metode Penelitian.....	40
H. Sistematika Tesis.....	44
BAB II URGENSI MEDIASI PIDANA DALAM PERSPEKTIF HUKUM PIDANA DAN HUKUM PIDANA ISLAM	
A. Prinsip Kerja dan Model Mediasi Pidana	46
A.1. Prinsip-prinsip Umum dari Mediasi Pidana.....	49

A.2 Kelebihan Penerapan Mediasi Pidana (<i>Penal mediation</i>)	
dalam Sistem Peradilan Pidana.....	51
A.3. Ide dan Prinsip Kerja Mediasi Pidana secara Teoritis.....	54
A.4 Model-model Mediasi Pidana dalam Menyelesaikan	
Sengketa Pidana.....	56
B. Perkembangan dan Latar Belakang Ide ADR – Mediasi Pidana...	63
B.1 Pengaturan ADR dan Perkembangan Mediasi Pidana	
di Indonesia.....	69
C. Perkembangan Mediasi di Berbagai Negara	80
D. Formulasi Kebijakan Mediasi Pidana	87
E. Klasifikasi Tindak Pidana yang dapat di Mediasi Pidana.....	89
F. Perkembangan <i>Restoratif Justice</i>	91
F.1. Efektifitas <i>Restoratif Justice</i> dalam	
Penyelesaian Tindak Pidana.....	102
G. Mediasi dalam Perspektif Hukum Pidana Islam.....	106
G.1. Ruang Lingkup Mediasi Pidana Dalam Hukum Islam....	107
G.2. Prinsip-Prinsip Perdamaian (<i>Ishlah</i>)	
dalam Hukum Pidana Islam.....	117
H. Konsep <i>Al-‘afwu ‘Anil Uqubah</i>	127

BAB III TINJAUAN UMUM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA
TERHADAP KONSEP MEDIASI PIDANA DAN EKSISTENSI
HUKUM PIDANA ISLAM DI INDONESIA.

A. Ruang Lingkup Pemahaman Pembaharuan Hukum Pidana.....	143
A.1. Perkembangan Aliran Hukum Pidana.....	162
A.2. Prinsip keseimbangan Dalam Hukum Pidana.....	167
A.3. Asas-Asas Hukum Pidana Islam yang dapat Dikontribusikan dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional.....	174
B. Mediasi Pidana Sebagai Sarana Pembaharuan Hukum Pidana...	180
B.1. Mediasi Pidana dalam Teori Tujuan Pemidanaan.....	189
B.2. Medasi Pidana dari sudut Pandang Humanisme.....	197
C. Tinjauan Umum Penerapan Hukum Pidana Islam di Indonesia...	204
C.1 Perbandingan Pidana Islam dengan Hukum Pidana Nasional.....	220
C.2. Faktor Pendukung dan Penghambat Penerapan Hukum Pidana Islam di Indonesia.....	225

BAB IV PENELITIAN DAN PEMBAHASAN.

A. Peluang Mediasi Pidana Islam sebagai Kontribusi terhadap Konsep Mediasi Pidana dalam Pembaharuan Pidana Nasional.....	229
A.1. Alasan Filosofis Mediasi Pidana Islam sebagai Kontribusi terhadap Konsep Mediasi Pidana Nasional.....	230
A.1.1. Falsafah Pancasila Sumber Nilai Mediasi Pidana	265

A.2.	Alasan Yuridis Mediasi Pidana Islam sebagai Kontribusi terhadap Konsep Mediasi Pidana Nasional.....	269
A.3	Alasan sosiologis Mediasi Pidana Islam sebagai Kontribusi terhadap Konsep Mediasi Pidana Nasional.....	284
B.	Penyesuaian Praktek Mediasi Pidana dalam Perkara Tindak Pidana dilihat dalam Hukum Pidana Islam.....	294
BAB V	PENUTUP	
A.	Kesimpulan.....	310
B.	Saran.....	315

DAFTAR PUSTAKA

LAMPIRAN

ABSTRAK

Agenda dalam pembangunan hukum di era kekinian ini, kiranya dapat ditujukan dalam aspek pembaharuan hukum pidana Nasional kedepan. Kajian historis-politis bagaimana hukum pidana muncul di Indonesia yang tidak terlepas dari rezim kolonialisme yang sudah terlarut tertinggal dari perkembangan. Terjadinya suatu tindak pidanasangat memberikan dampak kerugian terhadap korban baik materiil maupun in materiil. Adanya kerugian di pihak korban tindak pidana menyebabkan korban melakukan upaya yang dapat mengembalikan deritanya dari perlakuan yang telah dilakukan oleh si pelaku. Penyelesaian tindak pidana dalam sistem peradilan pidana sekarang ini baik tahap penyidikan, penyelidikan, penuntutan hingga sampai ranah peradilan menunjukkan masih adanya kuatnya pengaruh dari pendekatan *retributive justice*. Ini dipengaruhi Kelemahan dari sistem peradilan pidana yang ada pada saat ini adalah melihat posisi korban dan masyarakat yang belum mendapatkan komposisi secara proporsional, sehingga kepentingan keduanya menjadi terabaikan. Sementara, dalam model penyelesaian perkara pidana dengan menggunakan pendekatan *restorative* sangat berperan aktif kedua pihak ini menjadi penting disampaing peran pelaku. Melalui mediasi pidana proses penanganan perkara dilakukan dengan transparan sehingga dapat mengurangi permainan kotor yang seringkali terjadi dalam proses peradilan pidana tradisional. Mengingat banyaknya keuntungan yang ada pada mediasi pidana, sebagaimana telah dipraktikan di beberapa negara, maka diperlukan upaya berupa kajian untuk menerapkan mediasi pidana dalam proses peradilan pidana Indonesia sebagai bagian dari sistem peradilan pidana di Indonesia. Hukum pidana Islam sudah sejak lama mengakomodasi sifat kemaslahatan dalam mediasi pidana tersebut. Terutama dalam jinayat atau hukum pidana Islam. Hukum pidana Islam pun mengenal adanya pemaafan yang dijelaskan sebagai salah satu poin penting dalam keadilan *restorative*

Kata Kunci : *Mediasi Pidana, Pembaharuan Hukum Pidana, Hukum Pidana Islam*

BAB I

PENDAHULUAN

A. LATAR BELAKANG MASALAH

Agenda dalam pembangunan hukum di era kekinian ini, kiranya dapat ditunjukkan dalam aspek pembaharuan hukum pidana Nasional kedepan. Kajian historis-politis bagaimana hukum pidana muncul di Indonesia yang tidak terlepas dari rezim kolonialisme¹ yang sudah terlarut tertinggal dari perkembangan. Proyeksi dalam perkembangan hukum terutama dalam pembaharuan hukum pidana kedepan, memiliki berbagai macam faktor, yang salah satunya dikutip dalam pendapat Muladi yang menyebutkan bahwa ada nilai yang bersifat adaptif yang yaitu pembaharuan hukum pidana nasional perlu diadakan adalah karena tuntunan zaman bahwa di masa-masa mendatang hukum pidana nasional agar dapat menyesuaikan diri dengan berbagai perkembangan baru khususnya perkembangan internasional tentang nilai-nilai/ hal-hal yang sudah disepakati oleh masyarakat berabad-abad²

¹ Secara Historis perkembangan hukum pidana ialah “warisan dari Hindia Belanda dahulu, dimana ia menciptakan dan memformat untuk suatu masyarakat kolonial dengan norma, yang sesuai dengan kebutuhan zamannya. Justru sangat terasa terganjal apabila dalam iklim kemerdekaan ini, kita menggunakan suatu produk kolonial, yang dalam beberapa norma hukumnya sering ditegakkan dengan etos kolonialisme baik secara eksplisit maupun implisit,

² Muladi “Proyeksi Hukum Pidana Materiil Indonesia dimasa Yang Akan datang”, Pidato pengukuhan Guru Besar ilmu Hukum Pidana pada Fakultas Hukum UNDIP Semarang 14 Februari 1990, dalam Thesis M. Abdul Kholiq AF, “*Kontribusi Hukum Pidana Islam Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*”, Universitas Diponegoro, 2001 hlm 3

Terjadinya suatu tindak pidana³ sangat memberikan dampak kerugian terhadap korban baik materiil maupun in materiil. Adanya kerugian di pihak korban tindak pidana menyebabkan korban melakukan upaya yang dapat mengembalikan deritanya dari perlakuan yang telah di lakukan oleh si pelaku. Penyelesaian tindak pidana dalam sistem peradilan pidana sekarang ini baik tahap penyidikan, penyelidikan, penuntutan hingga sampai ranah peradilan menunjukkan masih adanya kuatnya pengaruh dari pendekatan *retributive justice*. Hal ini lebih menitikberatkan kejahatan sebagai pelanggaran terhadap ketertiban publik, berdasarkan aturan-aturan atau standar yang di tetapkan secara bersama oleh anggota masyarakat. Pendekatan ini kurang memperhatikan posisi hukum korban dalam penyelesaian tindak pidana antara pelaku dan korban tindak pidana.

Kelemahan dari sistem peradilan pidana yang ada pada saat ini adalah melihat posisi korban dan masyarakat yang belum mendapatkan komposisi secara proporsional, sehingga kepentingan keduanya menjadi terabaikan. Sementara, dalam model penyelesaian perkara pidana dengan menggunakan pendekatan *restorative* sangat berperan aktif kedua pihak ini menjadi penting disampaing peran pelaku.⁴

³ Tindak pidana merupakan istilah yang digunakan sebagai padanan dari *Strafbarkeit* , sebagaimana telah secara tetap digunakan oleh penyusunan peundang-undangan yang menurut Sudarto merupakan penerimaan yang umum dan diakui oleh masyarakat sehingga mempunyai *sociologische gelding*, lihat Sudarto

⁴ Eva Achjanul Zulfa, *Mediasi pidana : Perkembangan Kebijakan Hukum Pidana*. Makalah, Jakarta, 2011, hlm 56

Melalui mediasi pidana proses penanganan perkara dilakukan dengan transparan sehingga dapat mengurangi permainan kotor yang seringkali terjadi dalam proses peradilan pidana tradisional. Mengingat banyaknya keuntungan yang ada pada mediasi pidana, sebagaimana telah dipraktikkan di beberapa negara, maka diperlukan upaya berupa kajian untuk menerapkan mediasi pidana dalam proses peradilan pidana Indonesia sebagai bagian dari sistem peradilan pidana di Indonesia.

Oleh karena itu, penyikapan penyelesaian tindak pidana tersebut kiranya dapat dilakukan secara baik dan adil. Dimana dari manusia cenderung untuk kehidupan damai dan terbebas dari rasa ketidakadilan dalam penyelesaian tindak pidana yang terjadi. Cikal bakal tersebut memberikan terobosan dimana penanaman nilai-nilai sosio-filosofis dan sosio-kultural sebagai manifestasi dari pembaharuan hukum pidana dari segi penyelesaian tindak pidana, dimana konsep mediasi pidana sebagai suatu konsep *win-win solution* sebagai upaya kontribusi pembaharuan hukum pidana.

Penyelesaian perseteruan antara pihak (pelaku dan korban) tindak pidana dilakukan langsung antara mereka tanpa capur tangan pihak ketiga. Namun setelah eksistensi Negara menganut sebagai lembaga yang mengatur kehidupan bermasyarakat, maka penyelesaian konflik antara pelaku dan korban tindak pidana menjadi kewenangan negara⁵.

⁵ Mudzakir menyatakan Negara, dalam hal ini polisi jaksa, memiliki peran yang dominan dan meminipoli reaksi terhadap pelanggar hukum pidana dengan menjadi wakil sah dari masyarakat atau kepentingan dari public, sesungguhnya melalui perjuangan yang panjang telah mengambil alih peran korban sebagai pihak yang menderita karena kejahatan. Belanda sempat mengakui posisi korban sebagai pihak yang independen dalam sistem peradilan pidana. Namun pada 1838 posisi korban yang independen dikenal sebagai *partie civile* dihapuskan,

Posisi korban yang selanjutnya diambil alih oleh Negara, melalui aparat penegak hukum, diberi wewenang untuk menanggulangi tindak pidana di dalam masyarakat.⁶ Pada kenyataannya penegakan tindak pidana yang dikukan oleh Negara tidak selamanya memuaskan korban, begitu pula dengan pelaku tindak pidana. Terkadang penjatuhan sanksi pidana dianggap kurang adil karena sangat ringan dan korban tidak mendapatkan ganti kerugian yang sesuai dengan kerugian yang diderita. Bagi pelaku tindak pidana, jenis sanksi yang terbatas menyebabkan pelaku tindak pidana merasa diperlakukan tidak sesuai dengan perbuatan yang telah dilakukan.⁷

Pengaruh kearifan/kejeniusan lokal (*local wisdom, local genius*)⁸ di berbagai daerah dan hukum adat di Indonesia hal tersebut, merupakan “mutiara terpendam” itu kiranya layak digali, dikaji, dan di modifikasi ulang agar bersinar kembali, menerangi keputaran dan kegelapan wajah penegakan hukum dan pembaharuan hukum saat ini.

lihat Mudzakir “Posisi hukum korban kejahatan dalam sistem perdilan pidana”. Disertasi, Jakarta : Program Pascasarjana FH UI,2001, hlm 2, 152-153 dan hlm 383.

⁶ Wijono Prodjodikoro menyatakan penegakan hukum pidana pada hakekatnya tidak tergantung pada kehendak seorang individu, yang *incorcreto* langsung dirugikan, melainkan terserah kepada Negara sebagai representasi dari kepentingan public. Dengan begiu Negara berwenang mengambil alih konflik yang terjadi antara pelanggar hukum pidana dnegan korbannya, menjadi konflik antara pelanggar dengan Negara atau kepentingan publik. Saat ini Negara menjadi satu-satunya korban dari suatu kejahatan. Selanjutnya lihat Wirjono Prodjodikoro, “*asas-asas Hukum Pidana*, Jakarta:Refita Aditama, 2003, hlm 155

⁷ Barda Nawawi Arif menyatakan “ Keteratan hukum pidana antara lain karenaa sangat kaku dan sangat terbatannya tindak pidana yang dapat dipilih, sehingga kurang memberikan kelonggaran bagi hakim untuk memilih pidana yang dianggap tepat bagu pelaku tindak pidana” Lihar Barda Nawawi Arief , *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan pengembangan Hukum pidana*, Bandung: Citra Adi Bakti, 2005, hlm 73-74. Keterbatasan jenis ide

⁸ Istiah ”Kearifan lokal” (*local wisdom*) sering disebut juga dengan berbagai istilah, antara lain :*Traditional Knowledge*, ; *indigeneos knowledge*; *traditional environmental knowledge*; *local knowledge*; *traditional wisdom*.

Penerapan mediasi pidana telah menjadi perhatian khalayak luas, sebagaimana tampak dalam rekomendasi yang disampaikan dalam kongres Perserikatan Bangsa-Bangsa tentang *The Prevention of crime and The Treatment of Offenders* dan Konfrensi Internasional. Dokumen penunjang Kongres Perserikatan Bangsa-Bangsa ke-9 Tahun 1995 yang berkaitan dengan manajemen peradilan pidana. Negara-negara anggota Perserikatan Bangsa-Bangsa perlu mempertimbangkan *Privatizing some law enforcement And justice function* dan *alternative dispute resolution*. Anjuran ini disampaikan guna mengatasi problematika kelebihan muatan atau penumpukan perkara di pengadilan.⁹ Dalam Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) RI No.1 Tahun 2008 tentang prosedur mediasi pengadilan disebutkan bahwa, mediasi adalah penyelesaian melalui proses perundingan para pihak dengan dibantu oleh mediator.¹⁰

Mengenai siapa yang terlibat dalam mediasi, dalam hukum pidana lebih kompleks tidak hanya pelaku dan korban, tapi juga jaksa penuntut umum, serta masyarakat luas. Mediator dalam hukum pidana umumnya adalah hakim atau orang lain yang memiliki pengalaman, pelatihan, bahkan pemahaman nyata mengenai praktek mediasi. Mediasi sebagai yang diatur dalam peraturan perundang-undangan, umumnya dikategorisasikan sebagai *administrasi alternative dispute resolution*.

⁹ Trisno Raharjo "Mediasi pidana dalam system peradilan pidana" suatu kajian perbandingan dan penerapannya di Indonesia, lab. Hukum Umy.litera buku, hlm:16

¹⁰ Pasal 1 angka 6 Peraturan Mahkamah Agung RI No.2 tahun 2003 Tentang Prosedur Mediasi Pengadilan

Administration alternative dispute resolutions merupakan penyelesaian sengketa di luar pengadilan yang fasilitasi atau terintegrasi dalam pelayanan publik atau Tata Usaha Negara.¹¹

Dalam peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang mediasi hanya diperuntukan bagi perkara yang ada dalam hukum perdata. Hal ini dikarenakan adanya asas hukum yang menegaskan penyelesaian perkara perdata sepenuhnya menjadi hak para pihak untuk menentukan, cara penyelesaiannya melalui pengadilan atau penyelesaian diluar pengadilan seperti mediasi. Sebaliknya dalam hukum pidana korban tidak memiliki hak untuk menentukan cara penyelesaian menurut keinginannya sebab tata cara penyelesaian perkara tidak pidana telah menjadi kewenangan aparat penegak hukum dalam hal ini pihak kepolisian, kejaksaan dan pengadilan.¹²

RUU KUHP sendiri mencoba meng-akomodir berlakunya hukum yang hidup dalam masyarakat. Hukum pidana adat, penyelesaian konflik pidana didasarkan pada kearifan lokal, yang bersifat kekeluargaan, oleh karena tindak pidana tidak dipandang sebagai urusan individu dengan individu, melainkan sebagai urusan antar suku dari pelaku maupun pihak korban, sehingga penyelesaiannya pun diupayakan dengan cara yang tidak merusak keselarasan hubungan antar suku,

¹¹ Susansi Adi Nugroho, "*Mediasi sebagai alternative Pnyelesaian Sengketa*. Jakarta: Telaga Ilmu Indonesia, 2009, hlm 139-140

¹² *Ibid*, hlm 14

antara lain dilakukan dengan cara mediasi untuk menghasilkan kesepakatan perdamaian para pihak bersengketa.¹³

Hal ini berbeda dengan hukum perdata positif di Indonesia yang memang secara tegas memungkinkan kasus keperdataan diluar jalur pengadilan misalnya melalui ketentuan yang diatur dalam undang-undang No. 30 Tahun 1999 tentang arbitrase dan penyelesaian sengketa, atau yang diperkenalkan melalui model penyelesaian perkara pidana diluar proses hukum menurut jalur diversifikasi yang menerapkan model *restorative justice*, yang dikenal dalam sistem peradilan anak dengan prinsip *best interest for the child*.¹⁴

Meskipun secara formil tidak dikenal model penyelesaian sengketa alternatif untuk kasus praktek penyelesaian di luar pengadilan, namun secara diam-diam baik melalui jalur kewenangan diskresional¹⁵ yang dimiliki oleh kepolisian atau memiliki lajur perdamaian antara korban dengan tersangka dengan konsep penyelesaian saling memaafkan baik dengan ataupun tanpa memberikan ganti kerugian yang banyak terjadi dalam perkara dugaan

¹³ Umi Rozah, 2012, Konstruksi Politik Hukum Mediasi pidana sebagai Alternatif Penyelesaian sengketa perkara Pidana dalam Agustinus Pohan dkk, Hukum Pidana dalam Perspektif, (Jakarta: Pustaka Larasan,), hlm 309

¹⁴ lihat Pasal 1, 5, 8, 9, 12, dan 27 dalam Undang-Undang No. 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Anak.

¹⁵ Dalam penanganan kasus pidana, sekilas mediasi pidana hampir sama dengan yang kita kenal diskresi (*discretion*) yang dimiliki oleh lembaga sistem peradilan pidana kita, seperti kepolisian dan kejaksaan untuk menyaring kasus-kasus yang masuk untuk tidak meneruskan sebagian kasus tertentu melalui proses peradilan pidana. Namun demikian terdapat esensi yang berbeda dengan sistem diskresi tersebut. Mediasi pidana lebih mengedepankan kepentingan pelaku tindak pidana dan sekaligus kepentingan korban, sehingga tercapai *win-win solution* yang menguntungkan pelaku tindak pidana dan korbannya. Dalam mediasi pidana korban dipertemukan secara langsung dengan pelaku tindak pidana dan dapat mengemukakan tuntutananya sehingga dihasilkan perdamaian para pihak.

pelanggan pasal 395¹⁶ atau 360 dalam kasus kecelakaan lalu lintas sehingga menimbulkan korban sampai meninggal dunia.

Dengan model penyelesaian perkara pidana di luar jalur pengadilan hal ini tidak dilakukan dengan dasar hukum yang kuat terlebih, biasa terjadi suatu kasus yang sebenarnya sudah diselesaikan diluar pengadilan secara kekeluargaan melalui jalur perdamaian untuk saling memaafkan, namun oleh penegak hukum pidana bisa saja perkara tersebut tetap dituntut melalui jalur pengadilan karena perdamaian tidak menyebabkan untuk proses penuntutan tidak menjadi gugur. Hal ini yang kiranya menjadi bahan pertimbangan dalam konstruksi secara yuridis mediasi pidana yang kedepan dapat menjadikan solusi penyelesaian tindak pidana dengan kultur kita yang mejamuk.

Pada hakekatnya menggunakan mediasi pidana dengan musyawarah yang ada dalam hukum Islam bisa kita ambil nilainya secara harfiah. kata musyawarah yang secara etimologis dalam bahasa Arab disebut *musyāwarat se-wazan* dengan *mufā'alat* yang berkonotasi “saling” atau “berinteraksi”, maka musyawarah secara etimologis dapat berarti; saling meminta pendapat dan pandangan dari orang lain, saling memberi isyarat atau tanda, saling nasehat dan menasehati, serta saling berunding. Hal tersebut di perkuat dengan kandungan *Surah Al-Syura* ¹⁷ :

“Sedang urusan mereka (diputuskan) dengan musyawarah antara mereka”

¹⁶ Baca Undang-undang No.2 Tahun 2009 tentang Lalu Lintas dan Angkutan jalan.

¹⁷ Lihat Al-Qur'an surat Al – Syura : 38

Ayat tersebut di atas menggambarkan bahwa dalam setiap persoalan yang menyangkut masyarakat atau kepentingan umum Nabi selalu mengambil keputusan setelah melakukan musyawarah dengan para sahabatnya. Dalam sebuah hadist, nabi memerintahkan umat Islam supaya bermusyawarah: “Kumpulkanlah para ahli ibadah yang bijaksana di antara umatku dan musyawarahkanlah urusanmu itu di antara kamu dan jangan berbuat keputusan dengan satu pendapat saja.

Mediasi pidana, salah satunya memiliki prinsip integrasi¹⁸, mengenai hal ini, Hukum Islam sudah sejak lama mengakomodasi sifat tersebut. Terutama dalam jinayat atau hukum pidana Islam. Hukum pidana Islam pun mengenal adanya pemaafan yang dijelaskan sebagai salah satu poin penting dalam keadilan restoratif, khususnya dalam Jarimah *Qisas/diyat* yang merupakan jarimah terhadap manusia.¹⁹ Pema'afan dalam *Qisas/Diyat*, dapat dilakukan oleh Korban/ahli waris korban, karena telah menjadi hak perseorangan, penguasa tidak bisa memberikan ampunan terhadap pelaku dalam hal Kejahatan yang masuk dalam *Qisas/Diyat*.

¹⁸ Integrasi adalah bagian prinsip dari Mediasi pidana. Prinsip Integrasi menekankan bertemunya Pelaku kejahatan dan Korban untuk berkomunikasi dengan bantuan pihak ketiga baik langsung ataupun tidak langsung sebagai fasilitator dalam penyelesaian perkara

¹⁹ Natangsa Subakti, 2014, *Peradilan Restoratif dalam Bingkai Empiris, Teori dan Kebijakan*, Yogyakarta: Genta Publishing.

Hukum Pidana Islam memandang jiwa manusia tidak hanya memiliki dimensi publik, namun juga dimensi keperdataan. Ruang lingkup hukum Islam tidak hanya menyangkut masalah pidana maupun perdata saja. Hukum Islam pun tidak membedakan secara tajam keduanya. Sistem ini berbeda dengan sistem hukum yang dianut sekarang ini, yang membedakan secara tajam antara hukum pidana dan perdata. Namun demikian efektifitas dari gambaran kontribusi hukum pidana Islam yang akan datang setidaknya memberikan pandangan lebih terhadap sistem hukum pidana nasional kedepannya. Prinsip nilai terhadap perlindungan jiwa dan keadilan sebenarnya telah tertuang terhadap sistem diversifikasi²⁰ dalam tindak pidana yang dilakukan oleh anak akan tetapi ruang lingkungannya dinilai sangat sempit cakupannya, karena hanya tindak pidana yang dilakukan oleh anak sedangkan hukum Islam tidak hanya berpatokan terhadap siapa pelakunya akan tetapi tindak yang dilakukan juga menjadi satu kesatuan dengan parameter yang berbeda-beda.

²⁰ Dalam prakteknya penegak hukum wajib mengusahakan diversifikasi dengan cara memfasilitasi upaya mempertemukan kepentingan para pihak baik pelaku maupun korban dan keluarganya untuk merumuskan penyelesaian yang terbaik baik pelaku maupun korban serta keluarganya. Dalam hal ini Pelaku tetap diajarkan bertanggung jawab, namun korban jangan sampai memanfaatkan sebagai ajang pemerasan terhadap pelaku. Apabila terjadi kesepakatan dalam diversifikasi tersebut baik di tingkat penyidikan, penuntutan atau dalam proses pemeriksaan persidangan, maka kesepakatan tersebut akan dibuat penetapannya oleh hakim untuk mengahiri perkara tersebut sesuai dengan kesepakatan yang dirumuskan bersama tersebut.

Praktek lain dalam penyelesaian sengketa melalui mediasi (*tahkim*) ini, juga disebutkan dalam (Q.S. Ali Imran: 159)²¹ yang artinya:

Maka disebabkan rahmat dari Allah-lah kamu berlaku lemah lembut terhadap mereka. Sekiranya kamu bersikap keras lagi berhati kasar, tentulah mereka menjauhkan diri dari sekelilingmu. Karena itu ma'afkanlah mereka, mohonkanlah ampun bagi mereka, dan bermusyawaratlah dengan mereka dalam urusan itu. Kemudian apabila kamu telah membulatkan tekad, maka bertawakkallah kepada Allah. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang bertawakkal kepada-Nya."

Tidak hanya Al-Qur'an saja cikal bakal musyawarah dalam kaitannya dengan mediasi terkandung dalam hadist, Hadist *pertama* yang diriwayatkan imam Ibnu Majah Apabila salah seorang kamu meminta bermusyawarah dengan saudaranya, maka penuhilah. (HR. Ibnu Majah) Hadis *kedua* yang diriwayatkan imam Thabari Bermusyawarahlah kalian dengan para ahli (fikih) dan ahli ibadah, dan janganlah hanya mengandalkan pendapat otak saja (HR. Ath-Thabrani)

Berdasarkan uraian diatas, penelitian ini memberikan dasar urgensi terkait keberadaan hukum Islam atau lebih khusus lagi hukum pidana Islam sebagai salah satu ajaran nilai agama yang dianut dan diyakini oleh sebagian besar penduduk Indonesia, adalah wajar dan bahkan seharusnya mendapat perhatian yang besar pula dalam setiap segi pembangunan hukum di negara Indonesia, tidak terkecuali dengan pembaharuan hukum pidana nasional yang sedang dilaksanakan dewasa ini.

²¹ Q.S. Ali Imran: 159

Tentu saja, tuntunan adanya perhatian besar tersebut tidak harus diartikan sebagai upaya tendensi keberadaan hukum pidana Islam dibanding hukum-hukum pidana agama lain, yang berpeluang sebagai sumber bahan bagi pembaharuan hukum Indonesia. Untuk menentukan bagaimana kontribusi hukum pidana (terutama hukum pidana Islam) terhadap konsep mediasi pidana sebagai upaya kontribusi pembaharuan hukum pidana nasional kedepan, (*ius consituendum*) dengan dasar pemikiran penyelesaian tindak pidana tertentu yang nantinya dapat di klasifikasi, dengan model penyelesaian Mediasi pidana.

Serta menggunakan kaedah-kaedah hukum Islam sebagai bagian dari studi komparatif, yang sejalan dengan nilai filosofis bangsa yang memiliki prinsip memelihara stabilitas hukum, di tambah dengan realitas penumpukan perkara dalam tahap Ajudikasi yang mengakibatkan proses dalam persidangan sangat lama. Persoalan inilah yang menjadi latar belakang dan daya tarik penulis untuk melakukan penelitian tentang : **KONTRIBUSI HUKUM PIDANA ISLAM TERHADAP KONSEP MEDIASI PIDANA DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA NASIONAL.**

B. RUMUSAN MASALAH

Dari uraian di atas, maka dapat diambil suatu permasalahan sebagai berikut:

1. Bagaimana kontribusi dan peluang mediasi pidana Islam terhadap konsep mediasi pidana dalam pembaharuan hukum Pidana Nasional?
2. Apakah praktek penyelesaian Mediasi Pidana Indonesia dalam sistem hukum pidana sudah sesuai dengan mediasi pidana Islam?

C. TUJUAN PENELITIAN

1. Memahami Peluang keberadaan hukum pidana Islam dalam memberikan kontribusi konsep Mediasi pidana sebagai bahan dari pembaharuan hukum pidana nasional.
2. Memahami apakah penerapan mediasi pidana dalam perkara hukum pidana dalam prakteknya sudah sesuai dengan hukum pidana Islam.

D. TINJAUAN PUSATAKA.

Meskipun Indonesia tidak mengakui adanya mediasi, dalam sistem peradilan pidana, akan tetapi di dalam prakteknya banyak perkara pidana diselesaikan melalui mekanisme mediasi, yang merupakan inisiatif penegak hukum, sebagai bagian dari penyelesaian perkara. Beberapa perkara tersebut contohnya dalam perkara anak dari artis Ahmad Dhani AQJ yang dinyatakan diversi oleh pengadilan AQJ di dakwa Pasal 310 ayat 2 Undang-undang

lalulintas angkutan jalan. kemudian dari Kota Malang²² adanya kasus pencurian. Salah satunya yang terjadi di MOG Jalan Kawi Malang, dimana seorang perempuan yang bernama Nuna Octaviani 18 tahun, bertempat tinggal di Jl. Jodipan Wetan Gang 1 Kota Malang, telah didapati melakukan pencurian satu potong pakaian di Center Point MOG Malang yang berharga sekitar 120 Ribu. Entah dengan alasan apa dia mencuri, pihak Kepolisian Malang Kota meminta kepada pelapor Kardi Wantoko (Pihak MOG) untuk melakukan mediasi karena barang yang dicuri itu jumlahnya hanya sedikit. Sedang di kabupaten Brebes sendiri pegganaan penyelesaian mediasi pidana dalam kasus pencurian yang dilakukan oleh Darmadji (16th) dan Tedi Bagus (16th) melakukann tindak pidana pencurian kemudian pengadilan Negeri Kab. Brebes menetapkan diversi No. 4/Pen.Pid/2-16/PN.Bbs.

Melihat dari beberapa contoh kasus diatas, kiranya mediasi dapat dijalankan dalam Sistem Peradilan Pidana di Indonesia. Beberapa yang telah menerapkan hal tersebut adalah Austria, Jerman, Belgia, Prancis, Polandia, Slovenia, Canada, Amerika Serikat, Norwegia, Denmark, dan Finlandia. Mediasi inilah yang disebut sebagai mediasi pidana. Mediasi pidana menjadi kebutuhan keadilan, karena di dorong oleh keinginan pembuat hukum untuk mencapai keadilan yang restoratif atau yang kita sering dengar dengan istilah “*Restorative Justice*”.

²² Data dari Polres Malang Tahun 2012 dalam Jurnal *Mediasi pidana Sebagai Alternatif Penyelesaian Perkara Pencurian Ringan di Kota Malang*. Universitas Brawjaya Malang, Oleh Prija Djatika dll.

Dalam menjalankan mediasi pidana tersebut, harus tetap diberi payung/kerangka hukum (*mediation within the framework of criminal law*), yang diintegrasikan dalam hukum pidana materiil (KUHP) atau hukum pidana formal (KUHP), dimaksud dengan *mediation within the framework of criminal law* adalah penempatan mediasi di dalam produk peraturan perundang-undangan.²³ Menurut Barda Nawawi Arief menjelaskan perkembangan dan latar belakang munculnya ide mediasi pidana sebagai pilihan penyelesaian perkara pidana yang terintegrasi dalam sistem peradilan pidana. Perkembangan tersebut dapat dilihat dalam:²⁴

1. Kongres PBB ke-9 tahun 1995 dalam dokumen penunjang yang berkaitan dengan manajemen peradilan pidana mengungkapkan perlunya semua negara mempertimbangkan “*privatizing some low enforcement and justice functions*” dan “*alternative dispute resolution /ADR*” (berupa mediasi, konsiliasi, restitusi, dan kompensasi) dalam sistem peradilan pidana. Khusus mengenai ADR, dikemukakan dalam dokumen itu sebagai berikut: “*The techniques of mediation, consiliation and arbitration, which have been developed in the civil law environment, may well be more widely applicable in criminal law. For example, it is possible that some of these serious problems that complex and lengthy cases involving fraud and white collar crime pose for courts could be reduced,*

²³ Barda Nawawi Arief, *Mediasi pidana: Penyelesaian Perkara Pidana di Luar Pengadilan*. Artikel dalam <http://bardanawawi.wordpress.com/2009/12/27/mediasi-penalpenyelesaian-perkara-pidana-diluar-pengadilan/2009>, diakses pada tanggal 24 Maret 2016

²⁴ *Ibid.*

if not entirely eliminated, by applying principles developed in conciliation and arbitration hearings. In particular, if the accused is a corporation or business entity rather than an individual person, the fundamental aim of the court hearing must be not to impose punishment but to achieve an outcome that is in the interest of society as a whole and to reduce the probability of recidivism.”

2. Laporan Kongres PBB ke-9 tahun 1995 tentang *The Prevention of Crime and the Treatment of Offenders* mengemukakan:

a. Untuk mengatasi problem kelebihan muatan (penumpukan perkara) dipengadilan, para peserta kongres menekankan pada upaya pelepasan bersyarat, mediasi, restitusi, dan kompensasi, khususnya untuk pelaku pemula dan pelaku muda (dalam laporan No.112).

b. Ms.Toulemonde (Menteri Kehakiman Perancis) mengemukakan mediasi pidana (*penal mediation*) sebagai pusat suatu alternatif penuntutan yang memberikan kemungkinan penyelesaian negosiasi antara pelaku tindak pidana dengan korban. (dalam laporan No.319).

3. Dalam Konferensi Internasional Reformasi Pidana (*International Penal Reform Conference*) yang diselenggarakan di Royal Holloway College, University of London, pada tanggal 13-17 April 1999, dikemukakan, bahwa salah satu unsur kunci dari agenda baru pembaharuan hukum pidana (*The key elements of a new agenda for penal reform*) ialah

perlunya memperkaya sistem peradilan formal dengan sistem atau mekanisme informal dalam penyelesaian sengketa yang sesuai dengan standar-standar hak asasi manusia (*the need to enrich the formal judicial system within formal, locally based, dispute resolution mechanisms which meet human rights standards*). Konferensi ini juga mengidentifikasi sembilan strategi pengembangan dalam melakukan pembaharuan hukum pidana.

4. Komisi Para Menteri Dewan Eropa (*the Committee of Ministers of the Council of Europe*) pada tanggal 15 September 1999 telah menerima Recommendation No. R (99) 19 tentang *Mediation in Penal Matters*.

5. Deklarasi Wina, Kongres PBB ke-10 tahun 2000 antara lain mengemukakan, bahwa untuk memberikan perlindungan kepada korban kejahatan, hendaknya diintrodusir mekanisme mediasi dan peradilan restoratif (*restorative justice*).

6. Uni Eropa membuat *The EU Council Framework Decision* pada tanggal 15 Maret 2001 tentang “Kedudukan korban di dalam proses pidana” (*The Standing of Victims in Criminal Proceedings*) – EU (2001/220/JBZ) yang di dalamnya mencakup masalah mediasi. Pasal 1 (e) dari *Framework Decision* ini mendefinisikan *mediation in criminal cases* sebagai “*The search prior to or during criminal proceedings, for a negotiated solution between the victim and the author of the offence, mediated by a competent person*”. Pasal 10 menyatakan, setiap negara anggota akan berusaha “*to promote mediation in criminal cases for offences which it considers appropriate for*

this sort of measure". ECOSOC (PBB) telah menerima Resolusi 2002/12 pada tanggal 24 Juli 2002 mengenai *Basic Principles on the Use of Restorative Justice Programmes in Criminal Matters*

Mediasi pidana dalam perjalanannya pertama kali dikenal di Kitchener, Ontario, Kanada padatahun 1974. Program ini kemudian menyebar ke Amerika Serikat, Inggris, dan negara-negara lain di Eropa. Di Amerika Serikat, mediasi pidana pertama kali dipraktikkan di Elkhart, Indiana dan di Inggris oleh *The Exeter Youth Support Team* pada tahun 1979. Setelah itu, program mediasi pidana tersebar ke banyak negara di dunia. Perkembangannya paling subur adalah di negara-negara Eropa.

Semakin maraknya penggunaan mediasi pidana sebagai alternatif sistem peradilan pidana, untuk menangani penyelesaian perkara pidana adalah karena keunggulan-keunggulan yang ditawarkan oleh mediasi sebagai pilihan penyelesaian sengketa, seperti fleksibilitas, kecepatan, rendahnya biaya, dan kekuasaan yang dimiliki oleh para pihak untuk menentukan proses dan kesepakatan yang diinginkan. Umbreit²⁵, seorang profesor, pionir, dan pakar mediasi pidana dari Amerika Serikat, menawarkan definisi mediasi pidana, yaitu :*"A Process that gives victims of property crimes or minor assaults the opportunity to meet the perpetrators of these crimes in a safe and structured setting, with the goal of holding the offenders directly accountable while providing important assistance and compensation to the victims.*

²⁵ Mark Umbreit, "Introductin: Restorative Justice Through Victim Offender Mediation", dalam *The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*, ed Umbreit, M., Jossey-Bass, San Fransisco, 2001b, hlm. xxxviii.

Assisted by a trained mediator, the victim is able to let the offender know how the crime affected him or her, receive answers to questions, and be directly involved in developing a restitution plan for the offender to be accountable for the loss or damage caused”.

(“Proses yang memberikan kesempatan kepada korban pencurian dan tindak pidana ringan untuk bertemu pelaku dalam suasana yang aman yang terstruktur, dengan tujuan meminta pelaku langsung bertanggung jawab sambil menyediakan bantuan dan kompensasi untuk korban. Dengan dibantu seorang mediator yang ahli, korban mampu memberitahu pelaku bagaimana kejahatan yang dilakukan mempengaruhi hidupnya. Mendapatkan jawaban, dan secara langsung terlibat dalam membuat rencana restitusi sebagai bentuk pertanggungjawaban pelaku terhadap kerugian atau kerusakan yang ditimbulkan”.)

Implementasi mediasi pidana juga dapat menangani perkara yang dilakukan orang dewasa maupun anak-anak. Barda Nawawi Arief²⁶ menjelaskan bahwa metode ini melibatkan berbagai pihak yang bertemu dengan dihadiri oleh mediator independen, atau kombinasi. Mediasi ini dapat diadakan pada setiap tahapan proses, baik pada tahap kebijakan polisi, tahap penuntutan, tahap pemidanaan, atau setelah pemidanaan. Model ini ada yang diterapkan untuk semua tipe pelaku tindak pidana, atau khusus untuk anak; atau untuk tipe tindak pidana tertentu (misal pengutulan, perampokan, dan

²⁶ Barda Nawawi Arief, *Mediasi pidana: Penyelesaian Perkara Pidana di Luar Pengadilan*. Op,cit . hlm. 8.

tindak kekerasan). Selain itu, bisa ditujukan pada pelaku anak, pelaku pemula, juga untuk delik-delik berat.

Di satu sisi lain sebagai sarana alternatif peradilan pidana, dalam penanganan penyelesaian perkara pidana, terbilang baru karena biasanya mediasi pidana digunakan untuk menangani tindak pidana pencurian, dan tindak pidana ringan lainnya. Namun seiring perkembangan zaman dan kebutuhan korban, mediasi pidana juga dipakai untuk menyelesaikan tindak pidana pemerkosaan dan pembunuhan.²⁷ Banyak program mediasi pidana dibuat untuk menghindarkan (diversi) pelaku tindak pidana, dari penjara untuk mendapatkan pilihan mekanisme yang lebih murah, cepat, dan lebih ringan hukumannya.²⁸

Mediasi pidana, sebagai alternatif sistem peradilan pidana saat ini sangat diperlukan, karena: Diharapkan dapat mengurangi penumpukan perkara; Merupakan salah satu proses penyelesaian sengketa yang dianggap lebih cepat, murah, dan sederhana; Dapat memberikan akses seluas mungkin kepada para pihak yang bersengketa untuk memperoleh keadilan; Memperkuat dan memaksimalkan fungsi lembaga pengadilan dalam penyelesaian sengketa di samping proses menjatuhkan pidana.

Walaupun mediasi pidana belum memiliki payung hukum dalam sistem peradilan pidana di Indonesia, sebenarnya sudah ada beberapa peraturan yang berupaya secara tersirat memungkinkan metode ini.

²⁷ Rodney A. Ellis dan Karen M. Sowers, *Juvenile Justice Practice: Across Disciplinary Approach to a Intervention*, (Belmont, Wadsworth, 2001, hlm. 205.

²⁸ Karen M Sowers. *Reforming Juvenile System; a Development Approach*, (New York: Macmillan Press, 2008) hlm 220

Barda Nawawi Arief memaparkan perkembangan pengaturan mediasi pidana di Indonesia²⁹ Walaupun perkara pidana pada prinsipnya tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan, namun dalam hal-hal tertentu dimungkinkan adanya penyelesaian kasus pidana di luar pengadilan, antara lain: Dalam hal delik yang dilakukan berupa “ pelanggaran yang hanya diancam dengan pidana denda”.

Menurut pasal 82 KUHP, kewenangan/hak menuntut delik pelanggaran itu hapus, apabila terdakwa telah membayar denda maksimum untuk delik pelanggaran itu dan biaya-biaya yang telah dikeluarkan jika penuntutan telah dilakukan. Ketentuan dalam Pasal 82 KUHP ini dikenal dengan istilah “*afkoop*” atau “pembayaran denda damai” yang merupakan salah satu alasan penghapusan penuntutan.

Hal ini hanya memberi kemungkinan adanya penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan, namun belum merupakan “mediasi pidana”. Penyelesaian di luar pengadilan berdasarkan Pasal 82 KUHP, belum menggambarkan secara tegas adanya kemungkinan penyelesaian damai atau mediasi antara pelaku dan korban (terutama dalam masalah pemberian ganti rugi atau kompensasi) yang merupakan “sarana pengalihan/diversi” (*means of diversion*)” untuk dihentikannya penuntutan maupun penjatuhan pidana. Gugurnya kewenangan penuntutan seperti yang ada dalam KUHP dan didalam konsep rancangan KUHP digabung dalam satu pasal dan diperluas dengan ketentuan sebagai berikut:

²⁹ Rodney A. Ellis dan Karen M. Sowers, *Op,cit*, hlm. 205.

Kewenangan penuntutan gugur, jika: Telah ada putusan yang memperoleh kekuatan hukum tetap. Terdakwa meninggal dunia. Daluarsa. Penyelesaian di luar proses. Maksimum pidana denda dibayar dengan suka rela bagi tindak pidana yang dilakukan hanya diancam dengan pidana denda paling banyak kategori II.

Maksimum pidana denda dibayar dengan suka rela bagi tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun atau pidana denda paling banyak kategori III. 4 Presiden memberi amnesti atau abolisi. Penuntutan dihentikan karena penuntutan diserahkan kepada negara lain berdasarkan perjanjian atau pengaduannya ditarik kembali.

Pengenaan asas oportunitas oleh Jaksa Agung dapat disimpulkan berdasarkan ketentuan tersebut, bahwa Rancangan KUHP memungkinkan penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan. Walaupun pengaturan rinciannya belum ada, namun akan diatur lebih lanjut di dalam Rancangan KUHAP. Mahkamah Agung RI, mengeluarkan kebijakan ini untuk menerjemahkan Undang-Undang yang belum jelas peraturannya. Namun kewenangan ini sebatas prosedural dan bukan substantif. Dalam Peraturan Mahkamah Agung, mediasi perkara perdata tersebut dinyatakan.³⁰ *Bahwa sambil menunggu peraturan perundang-undangan dan memperhatikan wewenang Mahkamah Agung dalam mengatur acara peradilan yang belum cukup diatur oleh peraturan Perundang-undangan,*

³⁰ Peraturan Mahkamah Agung No 2 Tahun 2003 jo. Peraturan Mahkamah Agung No 1 Tahun 2008 tentang Mediasi

maka demi kepastian, ketertiban, dan kelancaran dalam proses mendamaikan para pihak untuk menyelesaikan suatu sengketa perdata, dipandang perlu menetapkan suatu Peraturan Mahkamah Agung.”

Karena itu mediasi pidana bisa menjadi prospek baik dalam sistem peradilan pidana melalui penerbitan Peraturan Mahkamah Agung, karena akan menyingkat waktu dibandingkan menerbitkan sebuah Undang-Undang yang memakan waktu lama.

Namun, hal ini sudah merupakan terobosan hukum yang konstruktif, akan lebih baik, kalau mediasi mempunyai dasar hukum dalam bentuk undang-undang karena akan berlaku secara nasional; tidak hanya berlaku dalam lingkup internal pengadilan yang menjadi yuridiksi sebuah Peraturan Mahkamah Agung. Hal ini pula yang menjadi salah satu hambatan mendasar dalam implementasi mediasi perkara perdata dipengadilan selama ini.³¹ Akan lebih baik lagi bila mediasi pidana atau konsep *restorative justice* dimasukkan dalam Rancangan KUHP dan KUHAP karena akan mempunyai, kekuatan hukum yang mengikat para pihak dan aparat penegak hukum dengan kuat. Oleh karena sifat kasus pidana berbeda dengan perkara perdata.

Proyeksi dari penerapan mediasi pidana sendiri Semua metode penyelesaian sengketa, pasti memiliki kelebihan dan kekurangan masing-masing, termasuk mediasi. Metode ini bukanlah obat yang dapat mendamaikan semua sengketa. Namun khusus dalam penanganan perkara pidana mediasi pidana menawarkan beberapa kelebihan.

³¹ Fatahillah Abdul Syukur, “Community Mediation Training in Bali and Papua: Accessto Justice in Indonesia” in *1st Asian Mediation Association Conference* (Singapore 2009), hlm.77.

Selain kelebihan itu, mediasi pidana juga memberikan pengaruh besar terhadap kepentingan korban dan pelaku, diantaranya:³² Mediasi mempunyai pengaruh yang signifikan dalam mengurangi kecemasan dan perasaan lemah dari korban; Mediasi memberikan kesempatan pada korban untuk menyampaikan pada pelaku tentang pengaruh dari tindak kriminal yang dilakukan, mendapatkan jawaban mengapa perbuatan tersebut dilakukan, dan menegosiasi restitusi; Mediasi juga menjadi media bagi pelaku, untuk menjelaskan pada korban mengenai perbuatan yang dilakukan, meminta maaf, menegosiasi dan membayar restitusi

W.Van Ness dalam pendapatnya menyebutkan Peran mediasi pidana dalam penyelesaian berdasarkan *restorative justice* hendaknya mencapai beberapa nilai melalui penyelenggaraan peradilan pidana, yaitu pertama, penyelesaian konflik atau (*conflict resolution*) yang mengandung muatan pemberian ganti kerugian (*recompense*) dan pemulihan nama baik (*vindication*) dan kedua rasa aman (*safety*) yang mengandung muatan perdamaian (*peace*) dan kertertiban (*order*)³³

Mediasi Pidana dapat di bedakan menjadi : *face to face mediation*, dimana para pihak bertemu secara langsung, dan *indirect mediation*, dimana mediator menjadi pengirim pesan antara korban dengan pelaku kejahatan. Bentuk mediasi pidana terakhir dengan kesepakatan,

³² Mutaz M. Qafisheh, *Restorative Justice in the Islamic Penal Law: A Contribution to the Global System*, International Journal of Criminal Justice Sciences, Vol 7 Issue 1 January – June 2012, hlm 488.

³³ Trisno Rahatjo, *op.cit*, hlm 30

namun kurang memberikan dampak empati, yang merupakan karakteristik dari mediasi pidana.³⁴

Terdapat beberapa alasan penggunaan mediasi pidana dapat diterapkan dalam hukum pidana di Indonesia. *Pertama*, penyelesaian perkara pidana melalui mekanisme penegakan hukum, menimbulkan penumpukan perkara yg belum dapat di selesaikan, baik di tingkat penyidikan, penuntutan dan peradilan.

Kedua, Meskipun upaya penyelesaian sengketa di luar pengadilan sebagai alternatif penyelesaian perkara pidana pada kasus-kasus pidana tidak di kenal, namun menurut Barda Nawawi Arif, untuk perkara-perkara tertentu penyelesain perkara pidana berdasarkan perundang-undangan hukum pidana yang berlaku saat ini dapat menyelesaikan di luar pengadilan antara lain sebagaimana di atur dalam KUHP: “dalam hal delik yang dilakukan berupa pelanggaran yang diancam dengan pidana denda. Menurut Pasal 82 KUHP. Kewenangan/Hak menuntut delik pelanggaran itu di hapus, apabila terdakwa telah membayar denda maksimum untuk delik pelanggaran itu dan biaya-biaya yang telah dikeluarkan kalau penuntutan dilakukan.ketentuan dalam Pasal 82 KUHP dikenal dengan istilah “*afkoop*”atau pembayaran damai.³⁵

³⁴ *Ibid*, hlm 15.

³⁵ *Ibid*, hlm 102

Ketiga, Mediasi pidana dalam praktek penegakan hukum banyak dilakukan terutama dalam delik aduan. Praktek mediasi yang dilakukan terutama dengan melibatkan kepolisian ini dapat di benarkan oleh Roeslan Saleh yang menyatakan: “tidak semua perbuatan yang telah di sampaikan pada pihak kepolisian diteruskan ke jaksa atau pengadilan, banyak hal yang menggunakan perantara polisi, penyelesaian yang demikian banyak pula faedahnya, maka sesuatu yang tidak begitu perlu untuk diperkarakan akan dapat diatasi dan konflik-konflik dakan dapat dilenyapkan dengan sempurna”³⁶

Mediasi sebagai suatu konsep penyelesaian sengketa telah lama dikenal dalam praktek hukum Islam. Hukum Islam yang dimaksudkan di sini adalah hukum yang sumbernya dari wahyu Allah. Dengan adanya konsep *Tahkim* yang secara etimologis berarti menjadikan seseorang atau pihak ketiga atau yang disebut *hakam* sebagai penengah suatu sengketa.

Dari pengertian *tahkim* ditarik sebuah gambaran bahwa unsur atau ciri khusus tahkim sebagai salah satu mekanisme penyelesaian sengketa diluar pengadilan (*non litigasi*) adalah sebagai berikut :

a. *Tahkim* sebagai sarana penyelesaian sengketa informal dipimpin oleh seorang mediator yang netral. Oleh sebab itu para pihaklah yang menentukan atau menunjuk orang yang menjadi mediator sesuai kesepakatan.

³⁶ *Ibid.* hlm 103

Hakam yang ditunjuk tidak terbatas pada satu orang tetapi dapat lebih dari satu orang.

b. *Hakam* bertugas membantu para pihak untuk membuat persetujuan-persetujuan. Dalam upaya tertib dan lancarnya proses mediasi, maka *hakam* seharusnya terlebih dahulu menentukan waktu dan menyiapkan tempat dalam rangka mengadakan pertemuan-pertemuan, menyusun proposal persetujuan setelah memperoleh data dan informasi tentang keinginan-keingina para pihak yang bersengketa dalam rangka menemukan solusi yang memuaskan dan menguntungkan masing-masing pihak (*win-win solution*). Kelancaran dan ketertiban proses *tahkim* sangat menentukan berhasilnya proses *tahkim* dengan baik.³⁷

Paktek mediasi dalam Islam juga pernah dilakukan oleh Rasulullah SAW, baik sebelum menjadi Rasul ataupun sudah menjadi Rasul. Mediasi yang dilakukan Rasulullah SAW, yaitu pada proses penyelesaian sengketa dalam hal peletakan batu Hajar Aswad (batu hitam pada sisi kabah) dan Perjanjian Hudaibiyah. Peletakan batu *Hajar Aswad* dan Perjanjian Hudaibiyah memiliki nilai dan strategi resolusi dan konflik (sengketa) terutama mediasi dan negoisasi, sehingga kedua peristiwa tersebut memiliki perspektif yang sama yaitu mewujudkan perdamaian.³⁸

³⁷ Artikel.Mediasi Dalam Hukum Islam Meningkatkan Intelektual dengan Referensi Yang Aktual.htm

³⁸ Syahrizal Abbas “*Mediasi dalam hukum syariah, Hukum Adat, dan hukum Nasional*” , Kencana pranada grup. hlm : 165

Hal ini juga pernah dilakukan antara Ali bin Abi Thalib r.a dengan Mu'awiyah bin Abi Sufyan r.a dalam Perang Shiffin. Mediasi tersebut dikenal dengan *Majelis Tahkim Dawmatul Jandal*. Walaupun dalam mediasi ini kelompok Ali Bin Abi Thalib r.a menderita kekalahan karena tipu muslihat yang dilakukan oleh pihak lawan.³⁹ Kemudian praktek mediasi juga pernah diterapkan ketika terjadi perselisihan antara Alqamah dan amr bin Tufail yang merebutkan posisi jabatan sebagai kepala suku untuk menyelesaikan perselesihan mereka meminta kepala suku lain untuk diangkat sebagai *hakam*.⁴⁰

Praktik lain penyelesain sengketa melalui mediasi (*tahkim*) ini juga diabadikan dalam al-Qur'an *Q.S. An Nisa (4) :35*:

*“Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya, Maka kirimlah seorang hakam dari keluarga laki-laki dan seorang hakam dari keluarga perempuan. jika kedua orang hakam itu bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami-isteri itu. Sesungguhnya Allah Maha mengetahui lagi Maha Mengenal.”*⁴¹

Kemudian dilanjutkan dalam Qs. Al-Hujarat ⁴²:

“Orang-orang beriman itu Sesungguhnya bersaudara. sebab itu damaikanlah (perbaikilah hubungan) antara kedua saudaramu itu dan takutlah terhadap Allah, supaya kamu mendapat rahmat.

³⁹ *Ibid*, hlm 161

⁴⁰ Ensiklopedi Hukum Islam (Jakarta : PT ictiar BAru Van Hoeve, 2003), hlm 1751

⁴¹ Q.S. An Nisa (4) :35

⁴² Q.S. Al Hujurat : 10

Serta dilanjutkan dengan kandungan surat Al-Baqarah (2) ⁴³:

“Jangalah kamu jadikan (nama) Allah dalam sumpahmu sebagai penghalang untuk berbuat kebajikan, bertakwa dan mengadakan islah di antara manusia dan Allah Maha mendengar lagi Maha Mengetahui.

Disamping ayat-ayat yang menunjuk pada kasus mediasi untuk mendamaikan para pihak yang terlibat sengketa, juga terdapat hadits yang berbicara dalam kasus yang sama. Diantaranya adalah hadits yang diriwayatkan oleh Sa'id bin Manshur dan Ibnu Jarir dari Abu Malik yang menyatakan bahwa: ”Dua orang lelaki muslim saling memaki dan menghina yang menyebabkan dua kelompok bertengkar. Lalu terjadi saling memukul diantara mereka dengan menggunakan tangan dan terompah mereka”. Hadits ini sesungguhnya menceritakan tentang *asbabun Nuzul* ayat 9 dan 10 dari surat al-Hujurat.

E. LANDASAN TEORI

a. Teori *Maqashid Syari'ah*

Maqashid syari'ah berarti tujuan Allah dan Rasul-Nya dalam merumuskan hukum-hukum Islam. Tujuan itu dapat ditelusuri dalam ayat-ayat Al-Qur'an dan Sunnah Rasulullah sebagai alasan logis bagi rumusan suatu hukum yang berorientasi kepada kemaslahatan umat manusia baik di Dunia maupun di akhirat kelak.

⁴³ Q.S Al-Baqarah (2) : 224

Pada perkembangan selanjutnya penelaahan terhadap *maqashid syari'ah* semakin mendapat perhatian di kalangan ulama ushul. Imam AlHaramainAl-Juwaini, Abu Al-Ma'ali Abd Al-Malik Ibn Abdullah Ibn Yusuf Al-Juwaini dapat dikatakan sebagai ulama ushul yang pertama kali meletakkan dasar kajian tentang *maqashid syari'ah* ini. Imam Al-Juwaini mengatakan orang-orang yang tidak mampu memahami dengan baik tujuan Allah dalam memberikan perintah dan larangan-Nya, maka ia belum dipandang mampu dalam menetapkan atau melakukan *istinbath* hukum-hukum Syari'at. Pemikiran Imam Al-Juwaini ini selanjutnya dikembangkan oleh AlGhazali. Bagi Al-Ghazali memahami *maqashid syari'ah* berkaitan dengan pembahasan tentang *masalik al-munasabah* yang terdapat dalam *masalik atta'lil*.

Maqashid syari'ah merupakan disiplin keilmuan Islam yang erat berhubungan dengan kajian ushul fiqih dan fiqih Islam dimana pada awalnya *maqashid syari'ah* hanya merupakan bagian kecil dalam kajian ushul fiqih. Substansinya membahas seputar tujuan dan hikmah dari hukum-hukum syari'ah yang mencakup tiga bidang; *Pertama*, ibadah (ritual). *Kedua*, muamalah (interaksi sosial), dan *Ketiga*, jinayah (kriminal). Kajian *maqashid syari'ah* bisa diklasifikasikan juga sebagai bagian dari filsafat hukum Islam.

Peluang keberadaan hukum pidana Islam terhadap konsep mediasi pidana sebagai nilai lebih terhadap pembaharuan mediasi pidana nantinya dapat memberikan kontribusi sebagai acuan secara implementatif. Prakteknya peluang mediasi pidana sendiri dapat memberikan upaya

penyelesaian sesuai dengan syari'at Islam, dengan tujuan baik pengajaran (*ar-radu wa zajru*) dan pengajaran serta pendidikan (*al-islah wa tahdzib*). Penulis berpandangan nilai yang terkandung dari teori *maqashid syari'ah* secara sistemik, yang dikemukakan oleh Imam Al-Syathibi dalam karya monumentalnya, *AlMuwafaqat fi Ushul Al-Syari'ah*⁴⁴, yang isinya mengatur kriteria *dharuriyyat* (primer) sampai tingkat *hajjiyyat* (sekunder) dan dalam tingkat *tahsiniyyat* (tersier). Praktiknya dapat dimungkinkan untuk diterapkan diberbagai tindak pidana tertentu, meskipun hukum (positif) tidak dimungkinkan untuk mengatur etika, norma, sopan santun, namun hanya terbatas pada perbuatan hukum (pidana) saja.

Peluang dari hukum pidana Islam dalam pembaharuan hukum pidana nasional khususnya mediasi pidana atau *tahkim* ini, serta melihat realita penerapan mediasi pidana sebagai upaya penyelesain perkara tindak pidana, maka konsep kemaslahatan atau *dar'ul mafasid muqoddam 'ala jalbi al-mashalih* (menolak kerusakan dan mengutamakan kemanfaatan), kiranya dapat mengedepankan mediasi pidana sebagai rujukan secara analisis secara rencana pembaharuan hukum pidana khususnya mediasi pidana kedepan (*ius constituendum*).

⁴⁴ Sabri Samin, *Pidana Islam. Dalam Politik hukum Indoensia (elektinisme Pandangan nonmuslim)* ctk 1, Kholam Publishing, Jakarta , 2008.hlm. 31.

b. Teori Pemaafan Pidana (*Al 'afwu'Anil Uqubah*)

Pemaafan pidana pada prinsipnya hanya bisa diterapkan pada kasus jarimah *qisash* dan beberapa jenis tertentu dari jarimah *hudud* terutama tentang perkara *hudud* bersifat atau ada *Direct victim-nya*. Pemberian pemaafan dalam hukum pidana Islam dapat kita simak dalam Al-Qur'an yang menyatakan perlunya sikap memaafkan, dan anjuran untuk melakukan penyelesaian dengan jalan mengadakan peramaian.

Dalam QS. An-Nisa (4) ayat 149:

Jika engkau menyetakan suatu kebaikan, menyembunyikan atau memaafkan suatu kesalahan (orang lain), maka sesungguhnya Allah Maha Pemaaf lagi Maha Kuasa”

Serta dalam Q.S. Surat Al-Araf (7) ayat 199 :

Jadilah engkau seorang pemaaf dan suruhlah orang-orang untuk melakukan hal yang ma'ruf dan berpalinglah dai orang-orang yang bodoh”

Selain berbagai ayat diatas, berbagai Hadist Nabi Muhammad SAW, juga memuat aturan untuk memilih sikap memaafkan terhadap seseorang yang telah melakukan perbuatan yang tercela atau merugikan, sebuah hadist yang diriwayatkan oleh Al-Hakim, yaitu :

“Rasullullah Saw pernah bersabda, “tiga perkara yang apabila pada diri seseorang, maka Allah akan menempatkannya dalam pemeliharaan-Nya, dan akan melindungi dengan Rahmat-Nya, serta akan memasukkannya kedalam kecintaan-nya: (1) jika diberi ia bersyukur (berterima kasih); (2) jika mampu membalas, ia meminta maaf,(3) jika marah, ia bersikap tenang.

Kemudian dalam Hadist yang diriwayatkan oleh Ibnu Abiddunya ⁴⁵:

“Memaafkan tidaklah menambah apa-apa kepada seorang hamba, kecuali memuliakan. Oleh sebab itu perbanyaklah kalian memaafkan, niscaya akan meuliakan kalian

Penerapan lain dalam pemaaffan pidana sebenarnya pidana bisa juga diterapkan pada kasus *jarimah ta'zier* dengan syarat juga yakni berupa adanya aspek *direct victim* di dalamnya. *Al-afwu 'anil 'uqubah* (pemaafan dalam pidana) merupakan hal serupa tapi tidak sama dengan konsep *Rechtelijk Pardon* (kewenangan jalur pemaafan yang dilakukan oleh hakim), karena kewengannya pengampunan pidana dalam *Al-afwu 'anil 'uqubah* ditujukan terhadap/korban *jarimah*, sedangkan dalam konsep *Rechterlijk Pardon* ada pada seorang Hakim.

Al-afwu 'anil 'uqubah jika diperbandingkan dengan konsep hukum pidana barat sebenarnya cenderung bersinergi terhadap konsep Islam tentang *rekonsiliasi*, sebagai suatu media penyelesaian kejahatan yang bersifat *Out Cort System*, tetapi tetap dalam koridor / kerangka hukum.⁴⁶Jika kita telaah dalam Filosofi konsep *Al-afwu ' anil 'uqubah*, penjatuhan dan pelaksanaan pidana sesungguhnya hanya merupakan salah satu media atau cara untuk menyelesaikan berbagai problem kejahatan dengan berbagai macam orientasi tujuan (tujuan penjatuhan pidana).

⁴⁵ Syaikh Muhammad Al-Utsaimin, 2007, *‘Syarah Riyadhus shalihin’* (terjemahan Manirul Abidin dari Judul Asli Syarah Riyadhus Ash-Salihin), Jakarta: DARul Fallah, hlm 531

⁴⁶ M. Abdul Kholiq, *Kumpulan materi Sistem Pidanaan Islam “Pemaafan dalam Hukum Pidana”*. Fak. Hukum . UII. Hlm 1

Secara konseptual atau Global tujuan dari pidana adalah

- a. *Dar'ul mafasid wa jalbu al mashalih* sebagai tujuan umum.
- b. Sedangkan tujuan khususnya ialah berupa :
 - *Arrodu wal jaza* (pembalasan dan pencegahan kejahatan)
 - *Atta'dibu wal Islakhu* (pengajaran atau pembinaan dan kebaikan hidup bersama).

Karena dalam proses perbaikan diri pelaku kejahatan yang tumbuh secara internal menjadi penekanan utama dalam pemidanaan Islam, maka dalam pemidanaan Islam tidak ada pola pidana yang *limitatif* atau berpola “antara” seperti yang terdapat dalam KUHP atau UU pidana lainnya di luar KUHP.⁴⁷ Orientasi tujuan *al-Islakhu* (perbaikan diri) mengandung makna bahwa dengan hukuman itu Islam ingin membentuk suatu masyarakat yang baik yang dilandasi rasa saling menghormati dan mencintai di antara sesama anggota masyarakat, namun dengan tetap menyadari batas-batas hak dan kewajiban.

Upaya perwujudan dalam tujuan-tujuan pidana *Arrodu wal jaza* dan *Atta'dibu wal Islakhu* adalah bersifat untuh (integral) bahwa pidana Islam tidak mesti harus berat atau ringan, tetapi yang penting *predictable* dapat mewujudkan tujuan-tujuan tersebut. Dengan kata lain, dapat kita simpulkan :

1. *Roddul mafshadah bil'uqubah* (mencegah kerusakan dengan hukuman)
2. *Wujudul adalah bil'uqubah* (adanya suatu keadilan dengan hukuman)

⁴⁷ *Ibid*, hlm 4

3. *Wujudul mashlahah bil'uqubah* (mewujudkan kemaslahatan dengan hukuman)

Perwujudan dari tujuan-tujuan pidana *Arrodu wal jaza* dan *Atta'dibu wal Islakhu* kiranya dapat dijadikan rujukan dalam penyelesaian tindak pidana dengan menggunakan mediasi pidana yang bertumpu dengan teori *al-'afwu 'anil uqubah* dalam pembaharuan mediasi pidana kedepan. Dimana nilai-nilai tersebut dapat mewujudkan berbagai orientasi tujuan pidana di atas jika diterapkan melalui media lain (non penal), maka konsep *Al-'afwu* merupakan sarana yang tepat dalam kata lain dapat diterapkan. Dalam kaitkan dalam *al-mas'uliyah fi-tasyri'i al-jina'i* maka berbagai penyelesaian tindak pidana dengan konsep pemaafan pidana (*al-'afwu 'anil 'uqubah*) serta memberikan restitusi kepada korban dalam konsep *tahkim* atau mediasi pidana dirasa sudah mewakili konsep pemaafan dengan mengambil nilai-nilai kemaslahatan yaitu *dar'ul mafasid muqoddam 'ala jalbi al-mashalih*. Kiranya hal ini bisa menjadikan rujukan atau dasar justifikasi dari pembaharuan hukum pidana kedepan (*ius constituendum*) khususnya dalam mediasi dalam penyelesaian tindak pidana tertentu.

c. **Teori Restorative Justice**

Restoratif justice merupakan filsafat atau proses, ide, teori, intervensi yang menekankan dalam memperbaiki kerugian yang di sebabkan atau diungkapkan oleh oleh pelaku kriminal. Proses ini sangat kontras dengan cara standar menangani kejahatan yang dipandang sebagai pelanggaran yang

diakukan terhadap Negara. *Restorative justice* merupakan pijakan dalam filosofi dasar dari sila keempat Pancasila, yaitu musyawarah prioritas dalam pengambilan keputusan. Tujuan penyelesaian dengan mediasi korban dan seorang pelaku tindak pidana adalah dengan tujuan untuk "memanusiakan" sistem peradilan, keadilan yang mampu menjawab apa kebutuhan yang sebenarnya dari korban pelaku dan masyarakat.

Restorative justice dilihat banyak orang *as a philosophy, a process, an idea, a theory and an intervention*.⁴⁸ *Restorative justice* adalah peradilan yang menekankan perbaikan atas kerugian yang disebabkan atau terkait dengan tindak pidana. *Restorative justice* dilakukan melalui proses kooperatif yang melibatkan semua pihak (*stakeholders*).

"Restorative justice is a theory of justice that emphasizes repairing the harm caused or revealed by criminal behaviour. It is best accomplished through cooperative processes that include all stakeholders.

Restorative justice merupakan alternatif atau cara lain peradilan kriminal dengan mengedepankan pendekatan *integrasi* pelaku di satu sisi dan korban/ masyarakat di lain sisi sebagai satu kesatuan untuk mencari solusi serta kembali pada pola hubungan baik dalam masyarakat.

⁴⁸ Mereka yang berpendapat seperti ini antara lain Braith- Wite, Umbreit and Cary, Richardson, Umbreit and Coates, Graef, dan Du Pont. Lihat dalam Darrell Fox, "Social Welfare and Restorative Justice", *Journal Kriminologija Socijalna Integracija Year 2009 Vol 17 Issue 1 Pagesrecord No. 55-68*, 2009, London Metropolitan University Department of Applied Social Sciences, hlm. 56

Kata kunci dari *restorative justice* adalah “*empowerment*”, bahkan *empowerment* ini adalah jantungnya *restoratif* (*the heart of the restorative ideology*), oleh karena itu *restorative justice* keberhasilannya ditentukan oleh pemberdayaan ini.⁴⁹ Dalam konsep tradisional, korban diharapkan untuk tetap diam, menerima dan tidak ikut campur dalam proses pidana. Secara fundamental ide *restorative justice* hendak mengatur kembali peran korban yang demikian itu, dari semula yang pasif menunggu dan melihat bagaimana sistem peradilan pidana menangani kejahatan “mereka”, diberdayakan sehingga korban mempunyai hak pribadi untuk berpartisipasi dalam proses pidana.

Konsep teori *restorative justice* menawarkan jawaban atas isu-isu penting dalam penyelesaian perkara pidana, yaitu: *pertama*, kritik terhadap sistem peradilan pidana yang tidak memberikan kesempatan khususnya bagi korban (*criminal justice system that disempowers indi-vidu*); *kedua*, menghilangkan konflik khususnya antara pelaku dengan korban dan masyarakat (*taking away the conflict from them*); *ketiga*, fakta bahwa perasaan ketidakberdayaan yang dialami sebagai akibat dari tindak pidana harus diatasi untuk mencapai perbaikan (*in order to achieve reparation*)⁵⁰

⁴⁹ C. Barton, *Empowerment and Retribution in Criminal Justice*. In: H. Strang, J. Braitwaite (eds), “Restorative Justice: Philosophy to Practice”. *Journal TEMIDA* Mart 2011. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, hlm. 55-76.

⁵⁰ Lihat berbagai definisi lainnya dalam Ivo Aertsen, et.al, “*Restorative Justice and the Active Victim: Exploring the Concept of Empowerment*”, *Journal TEMIDA*, Mart 2011; hlm. 8-9

Dengan kata lain ketika mediasi pidana atau dengan pendekatan konsep *restorative justice principle* maka dapat di maknai Ketika masyarakat memaknai keadilan dengan *Conferencing and Mediation* atau *restorative justice*. Sesungguhnya ini adalah sesuatu yang sah dan legal menurut hukum Indonesia. Muncul pendekatan *Restoratif Justice* tidak terlepas dari eksistensi yang sebelumnya telah mendominasi sistem pemidanaan, yaitu padangan *Retributif justice*.

Penekanan terhadap teori *restorative justice* sebagai saran pembaharuan mediasi pidana kedepan. Hal ini lebih mengedepankan penyelesaian langsung antara pelaku dan korban kejahatan pada perkara pidana. Berbeda dengan *retributive* yang hanya memusatkan pada aturan apa yang dilanggar (*preum remidium*), *resorative* lebih fokus terhadap siapa yang dirugikan, bagaimana korban bias mendapatkan ganti rugi serta bagaimana pelaku, masyarakat dan sistem peradilan pidana dapat membantu dalam proses penyelesaiannya.

Kiranya pemerintah bertanggung jawab untuk melestarikan ketertiban dan masyarakat sangat bertanggung jawab untuk membangun perdamaian. Sesuai amanat Pasal 4 ayat (1) UU 48 Tahun 2009⁵¹ juga merumuskan bahwa pengadilan mengadili menurut hukum dengan tidak membedakan orang.

⁵¹ lihat Pasal 4 , Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman Republik Indonesia.

Hal ini dapat memberikan peluang bagi pihak-pihak dalam perkara pidana (pelaku, korban, masyarakat) masing-masing diberi akses melalui media *restorative justice*. Mediasi pidana menempatkan kedudukan pelaku dan korban tindak pidana dalam posisi sejajar dan memiliki peranan yang aktif dalam penyelesaian hukum akibat adanya perbuatan pidana yang dilakukan oleh pelaku tindak pidana. Adapun para pihak atau *stackholder* utama dalam tindak pidana pada pendekatan *restorative justice* adalah korban dan keluarga. Tujuan yang luhur ini menjadi langkah awal dalam pembaharuan hukum pidana dalam memperkuat mediasi pidana kedepan secara implementatif sebagai sarana penyelesaian tindak pidana.

F. DEFINISI OPERASIONAL

Penulis ingin menguraikan beberapa definisi yang ada didalam judul penelitian antara lain:

1. Hukum Pidana Islam, merupakan terjemahan dari kata *fiqih jinayah*. *Fiqih Jinayah* adalah segala ketentuan hukum mengenai tindak pidana atau perbuatan kriminal oleh *mukallaf* (orang yang dapat dibebani kewajiban), sebagai hasil dari pembahasan atas dalil-dalil hukum yang terperinci dari al-Qur'an dan al-Hadist.
2. Mediasi Pidana Dalam Islam adalah Penyelesaian tindak pidana dengan tujuan mencari titik temu yang menurut syara mempertemukan antara dua pihak untuk mengahiri dengan perdamaian/pemaafan (*Sulhu*) dengan didampingi pihak ketiga (*hakam*) sebagai penengah.

3. Mediasi Pidana adalah proses penyelesaian perkara pidana dengan mempertemukan pelaku dan korban untuk mencapai kesepakatan bersama berkaitan dengan kejahatan yang dilakukan pelaku dan restitusi yang berkaitan dengan korban.
4. Pembaharuan Hukum Pidana adalah Kebijakan negara dalam memperbaharui ketentuan hukum pidana yang berlaku (sebagai *Ius Constitutum*) untuk menghasilkan hukum pidana baru yang lebih baik (*Ius Constituendum*) dengan memiliki indikator kepastian hukum, kemanfaatan, efektivitas serta kesesuaian (menyesuaikan ruang lingkup dan *culture* masyarakat di Indonesia)

G. METODE PENELITIAN

1. Obyek Penelitian

Obyek penelitian merupakan sesuatu yang akan diteliti/dikaji sebagaimana tertuang dalam rumusan masalah yakni:

- a. Kontribusi dan peluang Mediasi Pidana Islam terhadap Konsep Mediasi Pidana dalam Pembaharuan Pidana Nasional
- b. Praktek penyelesaian Mediasi Pidana Indonesia dalam sistem hukum pidana sudah sesuai dengan mediasi pidana Islam?

2. Bahan Hukum

- a. Bahan Hukum Primer, berupa peraturan perundang-undangan yang berlaku dan mengikat terhadap permasalahan yang akan diteliti. Adapun bahan hukum primer yang utama sebagai kajian

dalam penulisan ini adalah al-Qur'an, al-Hadits, Undang-Undang yang terkait dengan pokok bahasan.

- b. Bahan Hukum Sekunder, yaitu berupa bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer seperti literatur, jurnal, jurnal *west law*, pendapat ahli hukum, media masa, hasil penelitian terdahulu, dan lain sebagainya yang berkaitan dengan permasalahan dalam penelitian ini.
- a. Bahan Hukum Tersier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder seperti berupa kamus dan ensiklopedi maupun sumber hukum lainnya yang sejenis dan berhubungan dalam penelitian ini.

3. Teknik Pengumpulan Data

a. Kepustakaan

yakni dilakukan dengan cara mengkaji berbagai peraturan perundang-undangan, literatur, jurnal, media massa, dan sumber-sumber lain yang mempunyai relevansi dengan permasalahan penelitian.

b. Studi Dokumentasi,

yakni dengan mengkaji berbagai dokumen resmi institusional yang berupa peraturan perundang-undangan dalam hal ini:

1. Undang-undang No. 39 Tahun 1999 tentang Hak Asasi Manusia.

2. Undang-undang No. 23 Tahun 2004 tentang Penghapusan Kekerasan dalam Rumah Tangga.
3. Undang-undang No. 22 Tahun 2009 tentang Lalu Lintas dan Angkutan jalan.
4. Undang-undang No. 11 Tahun 2012 tentang Sistem Peradilan Pidana Anak.
5. Undang 35 Tahun 2014 Tentang Perlindungan Anak.
6. PERMA No. 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi
7. Serkap Kapolri No Pol. B/3022/XII/2009/SEEOPS tentang ADR (*Alternative Dispute Respontibility*) serta berbagai Putusan Pengadilan dan Akta Perdamaian yang berhubungan dengan permasalahan penelitian.

4. Metode Pendekatan

Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini dilakukan dengan cara pendekatan yuridis, normatif dan filosofis. Yuridis normatif yaitu menganalisis permasalahan dengan mendasarkannya pada teks-teks al-Qur'an, al-Hadits dan *al-Ra'yu* serta menurut ketentuan hukum dan perundang-undangan yang berlaku. Filosofis yaitu cara pandang atau paradigma yang bertujuan untuk menjelaskan inti, hakikat, atau hikmah mengenai sesuatu yang berada dibalik objek formalnya. Dengan kata lain,

pendekatan filosofis adalah upaya sadar yang dilakukan untuk menjelaskan apa dibalik sesuatu yang nampak.⁵²

5. Metode Analisis Data

Metode analisis data yang dilakukan dengan cara metode kualitatif, yakni suatu tata cara penelitian yang menghasilkan data diskriptif-analitis. Dengan kata lain, penyusun tidak semata-mata bertujuan untuk menggunakan apa yang sebenarnya dimaksud dengan kontribusi hukum pidana Islam terhadap konsep mediasi pidana dalam pembaharuan hukum pidana nasional, akan tetapi lebih jauh lagi adalah untuk memahami latar belakang dari permasalahan hukum tersebut.

Disamping itu data yang diperoleh akan di uraikan dan dan disimpulkan dengan berpijak kerangka berfikir Deduktif atau dalam istilah Islam yaitu *istidlal* yang artinya Mencari dalil untuk tujuan yang diminta. Dalam proses pencarian, Al-Quran menjadi rujukan yang pertama, al-Sunnah menjadi yang kedua, *Ijma'* menjadi yang ketiga dan *Qiyas* solusi berikutnya.⁵³

⁵² Arifin, HM, Prof. 2000. "Filsafat Pendidikan Islam", Cet. VI. Jakarta: PT. Bumi Aksara

⁵³ Tim penyusun MKD Sunan Ampel, Studi Hukum Islam, Surabaya : IAIN Sunan Ampel Press, 2011, hlm 50

H. SISTEMATIKA TESIS.

A. Bab I,

Dalam Bab I ini disajikan ulasan mengenai pendahuluan serta latar belakang masalah dengan mengangkat beberapa alasan yang mengapa penulis tertarik untuk mengambil penelitian ini. Selain itu dalam Bab 1 ini akan dibahas pula mengenai tujuan penelitian, bahan-bahan hukum yang akan digunakan dalam penelitian ini, serta cara analisis yang digunakan penulis dalam meneliti permasalahan di rencana penelitian ini.

B. Bab II,

Dalam Bab II ini penulis menyajikan ulasan mengenai teori-teori yang akan digunakan dalam penulisan tesis ini yakni dimulai dari ulasan mengenai tinjauan umum mengenai konsep Mediasi pidana dalam hukum pidana dan hukum pidana Islam, serta bagaimana eksistensi hukum pidana Islam di Indonesia.

C. Bab III,

Dalam Bab III Ulasan selanjutnya yakni mengenai konsep mediasi pidana dalam perspektif hukum Islam dan hukum positif, konteks ini penulis menjabarkan teori-teori secara umum mengenai urgensi mediasi pidana dalam perspektif hukum pidana dan hukum Islam.

D. Bab IV,

Bab IV ini akan memuat hal-hal pemaparan yang dibagi menjadi bagian, yakni akan membahas terkait peluang terhadap kontribusi hukum pidana Islam terhadap konsep mediasi pidana dalam pembaharuan hukum pidana nasional. Melihat dari sisi yuridis, normatif dan filosofis serta, apakah implementasi penerapan mediasi pidana dalam perkara tindak pidana sudah sesuai dengan hukum pidana Islam.

E. Bab V,

Dalam bab V ini, penulis menyajikan ulasan mengenai hasil kesimpulan serta saran yang menjadi rekomendasi dari akhir penelitian dan penulisan ini.

BAB II

URGENSI MEDIASI PIDANA DALAM PERSPEKTIF HUKUM PIDANA DAN HUKUM PIDANA ISLAM

A. Prinsip kerja dan Model Mediasi Pidana.

Mediasi penal (*penal mediation*) sering juga disebut dengan istilah, antara lain : “*Mediations in criminal cases*” atau *mediations in penal matters*” yang dalam istilah Belanda disebut *Straffbemiddeling*, dalam istilah Jerman disebut “*der Aubergerichtliche tataud man* atau (ATA) dan dalam istilah perancis disebut juga dengan “*de meditiptn penile*” karena mediasi penal tindak pidana dengan korban, maka mediasi penal ini sering juga dikenal dengan istilah “*victim offender mediations (VOM)*, *Tater-Opfer-Ausgleich (TOA)*, atau *Offernder-victim Arrangement (OVA)*).

Pemahaman lain dalam penerapan mediasi penal merupakan salah satu bentuk alternatif penyelesaian sengketa di luar pengadilan (yang dikenal dengan istilah ADR atau “*Alternatif Dispute Resolutions*” ada pula yang menyebut dengan “*Apropriate Dispute Resolution*.”¹⁾ ADR pada umumnya digunakan pada lingkungan kasus-kasus perdata², tidak untuk kasus-kasus pidana. Berdasarkan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia saat ini (hukum positif) pada prinsipnya kasus pidana tindak dapat diselesaikan di luar pengadilan, walaupun dalam hal hal tertentu, dimungkinkan adanya penyelesaian kasus pidana diluar pengadilan.

¹ New York State Dispute Resolution association, Inc, *Alternative Dispute Resolutions in New York State*, an Overview, acces : 26 januari 2016

² Lihat Undang-undang No.31/1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Pada umumnya penyelesaian sengketa di luar pengadilan hanya ada dalam sengketa perdata, namun dalam praktek sering juga kasus pidana diselesaikan diluar pengadilan melalui berbagai diskresi aparat penegak hukum atau melalui berbagai mekanisme musyawarah/peradamaian atau melalui lembaga permanfaatan yang ada di dalam masyarakat (musyawarah keluarga; musyawarah desa; musyawarah adat dsb.) praktek penyelesaian perkara pidana diluar pengadilan selama ini tidak ada landasan hukum formalnya, sehingga sering terjadi suatu kasus yang secara informal telah diselesaikan damai (walau melalui mekanisme hukum adat), namun tetap saja di proses ke pengadilan sesuai hukum yang berlaku.

Dalam perkembangannya wacana teoritik maupun perkembangan pembaharuan dalam hukum pidana di berbagai Negara, ada kecenderungan kuat untuk menggunakan mediasi penal sebagai salah satu alternatif penyelesaian masalah di bidang hukum pidana. Menurut Prof. Detlef Fresee, meningkatkan penguunaan resitusi dalam proses pidana menunjukkan, bahwa perbedaan aturan hukum pidana dan perdata tidak begitu besar dan perbedaan itu menjadi tidak berfungsi³.

Mediasi penal yang perkembangann yaitu bertolak dari ide dan prinsip ide dan prinsip kerja (*working principles* sebagai berikut : ⁴

a. Penanganan konflik (*Conflict Handling/Konflikbearbeitung*)

³ Detlev Frehsee (professor of criminology and criminal Law, University Of Bielefeld, Germany), *Resolutions and offender victim arrangement in german criminal law: Development and Theoretical Implications*, <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclr.htm>

⁴ Stefanie Trankle, "The Tension between Judicial Control dan Autonomy in Victim-Offender Mediation – a Microsociological Sudy of a Paradoxical Procedure Based on Example of the Mediations Proses in germany an france", http://www.iuscrim.mpg.de/forsh/krim/traenkle_e.html. Acces 12 Januari 2016

Tugas moderator adalah membuat para pihak melupakan kerangka hukum dan mendorong mereka terlibat dalam proses komunikasi. Hal ini didasarkan pada ide bahwa kesejahteraan telah timbul konflik interpersonal. Konflik itulah yang dituju oleh proses mediasi.

- b. Berorientasi pada proses (*Process Orientatio* ; *Prozessorientierung*)

Mediasi penal lebih berorientasi pada kualitas, yaitu: menyadarkan pelaku tindak pidana akan kesalahannya, kebutuhan-kebutuhan konflik terpecahnya, ketenangan korban dari rasa takut dsb.

- c. Proses informal (*Informal Proceeding Infomalitat*)

Mediasi penal merupakan suatu proses yang informal, tidak bersifat birokratis, menghindari prosedur hukum yang ketat.

- d. Adanya partisipasi aktif dan otonom para pihak (*Active and Autonomous Paticipation*)

Para pihak atau pelaku tidak dilihat sebagai objek dari prosedur hukum pidana tetapi lebih sebagai subjek yang mempunyai tanggung jawab pribadi dan kemampuan untuk berbuat. Mereka diharapkan berbuat atas kehendaknya sendiri.

A.1. Prinsip-Prinsip Umum dari Mediasi Penal

Prinsip-prinsip melaksanakan mediasi penal dalam *recomendation No (99), 19 The Comité Of Ministers of The Council Of Europe* tentang *Mediation in Penal Matters*, dikemukakan beberapa prinsip umum mediasi penal sebagai berikut:⁵

1. Penyelesaian masalah dengan mediasi hanya dapat berlangsung apabila para pihak menyetujui untuk melakukan mediasi. Para pihak seharusnya juga dapat menarik persetujuan untuk melakukan mediasi selama proses mediasi berlangsung.
2. Segala macam hal yang dibicarakan dalam mediasi penal bersifat rahasia dan tidak akan digunakan sesudah itu, kecuali dengan persetujuan para pihak.
3. Mediasi penal harus dapat disediakan dalam setiap tahapan proses dalam sistem peradilan pidana.
4. Pelaksanaan mediasi penal haruslah diberi otonomi yang cukup dalam sistem peradilan pidana.

Pedoman untuk dapat melaksanakan mediasi penal dengan baik serta prinsip-prinsip umum dalam mediasi penal harus terdapat dalam kebijakan formulasi pengaturan mediasi penal. Memang bukan hal yang mudah mengganti paradigma tentang sistem peradilan, namun apabila hal tersebut di formulasikan dalam Undang-undang maka akan lebih mudah untuk disosialisasikan.

⁵ Gatot Soemartono, *Abitrasi dan Mediasi Di Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2006, hlm 143

Pemikiran tersebut diatas sebagai kerangka teoritik masuk dalam kearifan lokal dalam hukum adat di Indonesia yang berlandaskan alam pikiran kosmis, magis dan religius sudah lama mengenal lembaga mediasi penal ini, antara lain di Sumatera Barat, Aceh, dan hukum adat Lampung.

Dalam rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Acara (KUHAP) Pidana Mediasi Penal diatur pada Pasal 111 yang berisi :

- (1) Penyidik berwenang menghentikan penyidikan karena tidak terdapat cukup bukti atau peristiwa tersebut ternyata bukan merupakan tindak pidana atau penyidikan dihentikan demi hukum.
- (2) Penghentian penyidikan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat juga dilakukan atas dasar:
 - a. Putusan hakim praperadilan atas dasar permintaan korban/pelapor;
 - b. Dicapainya penyelesaian mediasi antara korban/pelapor dengan tersangka.
- (3) Tindak pidana yang dapat diselesaikan melalui mediasi sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf b terdiri atas:
 - a. Tindak pidana yang dilakukan bersifat ringan;
 - b. Tindak pidana yang dilakukan diancam dengan pidana penjara paling lama 4 (empat tahun);
 - c. Tindak pidana yang dilakukan hanya diancam dengan pidana denda;
 - d. Umur tersangka pada waktu melakukan tindak pidana di atas 70 (tujuh puluh) tahun;
 - e. Kerugian sudah diganti;

- (4) Ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (3) huruf d dan huruf e hanya berlaku untuk tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama 5 (lima) tahun;
- (5) Dalam hal penyidik menghentikan penyidikan sebagaimana dimaksud pada ayat (3), penyidik wajib menyampaikan laporan pertanggungjawaban kepada atasan penyidik.
- (6) Ketentuan lebih lanjut mengenai tata cara penyelesaian melalui mediasi sebagaimana dimaksud pada ayat (3) diatur dengan Peraturan Pemerintah.

Rancangan KUHAP tersebut diatas dimungkinkan adanya mediasi penal pada tingkat penyidikan sebagai alasan penyidik menghentikan suatu perkara pidana dan juga diatur secara limitatif tentang tindak pidana yang dapat dilakukan mediasi.

A.2 Kelebihan Penerapan Mediasi Pidana (*penal mediation*) dalam Sistem Peradilan Pidana Memiliki Kelebihan antara lain:

1. Mediasi pidana akan mengurangi perasaan balas dendam korban, lebih fleksibel karena tidak harus mengikuti prosedur dan proses sebagaimana dalam sistem peradilan pidana, dan lebih sedikit menghabiskan biaya, serta prosesnya lebih cepat dibandingkan dengan proses litigasi (proses perkara di pengadilan).
2. Beban sistem peradilan pidana karena penumpukan perkara dan proses penyelesaian memakan waktu yang tidak sedikit banyak dapat dikurangi dengan kehadiran mediasi antara pelaku dan korban.

3. Mediasi pidana memberikan kesempatan kepada korban bertemu dengan pelaku untuk membahas kejahatan yang telah merugikan hidupnya, mengungkapkan perhatian dan perasaannya serta meminta adanya resitusi.
4. Mediasi menciptakan kembali hubungan yang harmonis antara korban dan pelaku. Kondisi tidak ditemukan dalam penyelesaian konflik melalui sistem peradilan pidana. Pemberian maaf pada korban kepada pelaku akan mengurangi rasa bersalah pelaku dan menciptakan rekonsiliasi⁶ antara keduanya.⁷

Eksistensi mediasi penal merupakan dimensi baru baik dikaji dari aspek teoritis dan praktik. Dikaji dari dimensi praktik maka mediasi penal akan berkorelasi dengan pencapaian dunia peradilan. Seiring berjalannya waktu dimana semakin hari terjadi peningkatan jumlah perkara dengan segala bentuk maupun variasinya yang masuk ke pengadilan, sehingga konsekuensinya menjadi beban bagi pengadilan dalam memeriksa dan memutus perkara sesuai asas “peradilan sederhana, cepat dan biaya ringan” tanpa harus mengorbankan pencapaian tujuan peradilan yaitu kepastian hukum, kemanfaatan dan keadilan. Apakah semua macam perkara pidana harus diajukan dan diselesaikan dimuka pengadilan, ataukah ada perkara-perkara tertentu, yang memungkinkan untuk diselesaikan melalui pola mediasi penal. Pada polarisasi dan mekanisme mediasi penal, sepanjang hal tersebut sungguh-sungguh dikehendaki bersama oleh para pihak (tersangka dan korban),

⁶ Rekonsiliasi adalah perbuatan memulihkan hubungan pada keadaan semula; perbuatan menyelesaikan perbedaan;

⁷ *Ibid*, hlm .136

serta untuk mencapai kepentingan yang lebih luas, yaitu terpeliharanya harmonisasi sosial.⁸

Mudzakkir mengemukakan beberapa kategorisasi sebagai tolok ukur dan ruang lingkup terhadap perkara yang dapat diselesaikan di luar pengadilan melalui mediasi penal adalah sebagai berikut:⁹

1. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori delik aduan, baik aduan yang bersifat absolut maupun aduan yang bersifat relatif.
2. Pelanggaran hukum pidana tersebut memiliki pidana denda sebagai ancaman pidana dan pelanggar telah membayar denda tersebut (Pasal 80 KUHP).
3. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori “pelanggaran”, bukan “kejahatan”, yang hanya diancam dengan pidana denda.
4. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk tindak pidana di bidang hukum administrasi yang menempatkan sanksi pidana sebagai *ultimum remedium*.
5. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori ringan/serba ringan dan aparat penegak hukum menggunakan wewenangnya untuk melakukan diskresi.
6. Pelanggaran hukum pidana biasa yang dihentikan atau tidak diproses ke pengadilan (deponir) oleh Jaksa Agung sesuai dengan wewenang hukum yang dimilikinya.
7. Pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori pelanggaran hukum pidana adat yang diselesaikan melalui lembaga adat.

⁸ <http://pn-kepanjen.go.id/>"Mediasi penal"dalam Sistem Peradilan Pidana di Indonesia Pengkajian Asas, Norma, dan Praktik, oleh Lilik Mulyadi. 17-10-2011 akses 27 Januari 2017

⁹ Mudzakkir, *Alternative Dispute Resolution (ADR): Penyelesaian Perkara Pidana Dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, makalah workshop, Jakarta, 18 Januari 2007

A.3. Ide dan Prinsip Kerja Mediasi Penal secara Teoritis

Ide dan prinsip-prinsip mediasi penal secara teoritis memiliki beberapa ruang lingkup antara lain:

1. Tujuan diadakannya mediasi pidana antara korban dan pelaku adalah untuk menyelesaikan konflik yang terjadi antara keduanya.
2. Mediasi penal berorientasi sebagai proses. Artinya, yang perlu diperhatikan adalah adanya kemauan dari korban dan pelaku untuk menyelesaikan konflik yang mereka hadapi.
3. Mediasi biasanya dilaksanakan secara informal, tidak seperti proses peradilan yang bersifat formal, kaku, dan sentralistik.
4. Mediasi penal menghendaki adanya partisipasi aktif otonom dari korban dan pelaku kejahatan. Tanpa hal, akan terasa sulit untuk menyelesaikan konflik yang mereka hadapi.¹⁰

Sama halnya dengan proses penyelesaian konflik yang lain mediasi juga mempunyai beberapa tahapan yang harus dilalui. Secara global tahapan mediasi pidana bisa dibagi ke dalam tiga tahap yaitu: tahap persiapan, tahap pelaksanaan dan tahap pengambilan keputusan.

a. Tahap Persiapan

Sebuah proses mediasi dibutuhkan bagi seorang mediator untuk terlebih dahulu mendalami terhadap apa yang menjadi pokok sengketa para pihak yang akan dibicarakan dalam mediasi tersebut.

¹⁰ *Ibid*

Pada tahap ini juga mediator biasanya konsultasi dengan para pihak tentang tempat dan waktu mediasi, identitas pihak yang akan hadir, durasi waktu dan sebagainya.

b. Tahap Pelaksanaan

Tahap pelaksanaan yang pertama dilakukan adalah pembentukan forum yaitu dimana sebelum dimulai antara mediator dan para pihak menciptakan atau membentuk forum. Setelah forum terbentuk diadakan rapat bersama dan mediator mengeluarkan pernyataan pendahuluan.

c. Tahap Pengambilan Keputusan

Pada tahap ini para pihak saling bekerja sama dengan bantuan mediator untuk mengevaluasi pilihan, mendapatkan *trade off* dan menawarkan paket, memperkecil perdebatan-perdebatan dan mencari basis yang adil bagi alokasi bersama. Akhirnya para pihak yang sepakat berhasil membuat keputusan bersama. Tahap penentuan keputusan mediator dapat juga menekan para pihak, mencarikan rumusan-rumusan untuk menghindari rasa malu, membantu para pihak dalam menghadapi para pemberi kuasa (jika dikuasakan).¹¹

Selain prinsip kerja tersebut, didalam mediasi penal juga dikenal model-model penyelesaian sengketa pidana, antara lain; *traditional village or tribal moots, victim offenders mediation, informal mediation, reparatiaon negotiation program, community panels of courts, dan family and community group conferences.*

¹¹[http://www.badilag.net/data/ARTIKEL/Kontekstualisasi%20Mediasi%20dalam%20Perdam
aian.Pdf](http://www.badilag.net/data/ARTIKEL/Kontekstualisasi%20Mediasi%20dalam%20Perdam%20aian.Pdf), akses 6 Januari 2016

A.4. Model-Model Mediasi Penal dalam Penyelesaian Sengketa Pidana

Dalam proses penyelesaian tindak pidana dengan menggunakan mediasi pidana ada beberapa model-model yang bisa diterapkan diantaranya:

1. *Traditional Village or Tribal Moots*

Model ini merupakan akar munculnya penyelesaian sengketa pidana berdasarkan mediasi. Proses penyelesaian sengketa antara warga dalam suatu suku atau suku lain. Tujuan utamanya adalah agar ketenangan dan kedalaman tercipta kembali dengan berlandaskan kepada keyakinan Agama dan kultural. Menurut model ini seluruh anggota masyarakat bertemu untuk mencegah konflik kejahatan diantara warganya.

Penerapan model ini terdapat di negara-negara berkembang dan umumnya di daerah pedesaan dan pedalaman, model ini juga, sebagaimana yang diterapkan hukum barat dan telah memberi keuntungan dari pertemuan suku (*tribal moots*) dalam bentuk yang disesuaikan dengan struktur masyarakat modern dan hak-hak individu yang diakui menurut mereka.¹²

2. *Victim-Offender Mediation*

VOM memberikan jalan pada pelaku kejahatan untuk bertemu dan berdialog dengan korban kejahatan, dengan dibantu oleh seorang mediator yang terlatih. Anggota masyarakat lain, yang tidak terlibat tindak pidana, namun dapat memberikan bantuan kepada perkara tersebut, dapat berpartisipasi dalam VOM. Para pihak yang berkesempatan untuk membicarakan apa yang telah terjadi dengan mereka, bagaimana peristiwa

¹² *Ibid*, hlm.137

tersebut telah mempengaruhi hidup mereka, dan bahkan membuat perjanjian tertulis dengan rencana selanjutnya setelah restitusi disepakati.¹³

Kemunculan model ini selain karena tidak efisiensi sistem peradilan pidana yang lebih menekankan pada aspek pembalasan semata. Masyarakat tidak puas dengan mekanisme kerja sistem peradilan pidana yang hanya menekankan pada aspek pemindaan dan pembalasan (*oriented*). Penjatuan pidana kepada pelaku jarang sekali yang memenuhi kebutuhan atau keinginan korban.¹⁴ Selain itu prinsip-prinsip dasar keadilan *restorative* yang memfokuskan pada kebutuhan-kebutuhan korban dan menyediakan suatu forum dimana partisipasi korban merupakan hal yang esensial bagi tercapainya keadilan, memberikan pengaruh terhadap pengaruh kemunculan model *victim-offender mediation* (VOM).¹⁵

Secara umum terdapat empat tahapan atau fase model dalam model VOM. *Pertama* adalah fase memasukan (*in take*). Pada fase ini mediator menyatakan bahwa konflik dari para pihak dan harus menentukan apakah pelanggaran para pihak memang bisa diadakan mediasi. Mediator menyatakan bahwa konflik tersebut tidak bisa diselesaikan dengan mediasi ketika korban ketakutan berbicara langsung kepada pelaku, merasa tersakiti jika berkomunikasi dengan pelaku dan pelaku tidak mau mengakui keterlibatannya dalam konflik tersebut.

¹³ Trisno raharjo, *loc.cit* hlm 30

¹⁴ Mahrus ali, *op.cit* hal 138

¹⁵ *Ibid*

Mediator memastikan keamanan fisik dan emosi korban tetap terjaga, sehingga jika hal itu tidak terpenuhi, maka mediator harus menolak menyelesaikan konflik tersebut dengan mediasi untuk mencegah terjadinya reviktimisasi.¹⁶

Kedua adalah fase persiapan konfrontasi (*confrontation*). Konfrontasi dilaksanakan dengan beberapa cara, tergantung apakah akan dengan digunakan model pengembangan kasus kerja sosial (*social work case development model*) atau mediasi murni (*pure mediation model*) model ini lebih menyarankan mediator untuk menghubungi para pihak melalui telepon atau surat yang dikirim melalui pos.

Ketiga adalah fase mediasi itu sendiri (*mediation its self*). Pada fase mediasi ini lebih difokuskan pada dialog daripada pemenuhan kesepakatan pemberian restitusi, memunculkan rasa empati dan pemahaman antara korban dan pelaku. Pembicaraan mengenai pihak merupakan langkah berikutnya yang harus dijalankan oleh mediator.¹⁷

Terakhir adalah fase pelaksanaan hasil kesepakatan (*outward*). Pada fase ini jika perjanjian telah disepakati, pelaku kejahatan dipantau untuk memastikan bahwa perjanjian tersebut dilaksanakan tanpa pengurangan sedikitpun. Pelaku harus dipastikan bahwa dia mematuhi perjanjian yang telah disepakatinya dengan korban.¹⁸

¹⁶ *Ibid*, hlm 141

¹⁷ *Ibid*, hlm 142

¹⁸ *Ibid*, hlm 143

3. *Informal Mediation Model*

Model ini dilaksanakan oleh personil peradilan pidana (*criminal justice personel*) dalam tugas normalnya. Pejabat polisi menghimbau perselisihan keluarga yang mungkin dapat menenangkan situasi atau tanpa melanjutkan proses perkara pidana yang dihadapi oleh jaksa. Demikian juga jaksa penuntut umum mengundang para pihak untuk adanya penyelesaian secara informal dengan tujuan untuk melanjutkan penuntutan apabila terjadi kesepakatan. Hakim juga dapat memilih upaya penyelesaian diluar pengadilan dan melepaskan kasusnya.

Keberadaan pekerja sosial atau pejabat pengawas (*probation officer*) yang berpendapat bahwa kontak dengan korban akan mempunyai pengaruh besar lagi pelaku tindak pidana, juga memperhatikan berdasarkan model ini.¹⁹

4. *Reparation Negotiation Program Model*

Model ini semata-mata untuk menaksir atau menilai kompensasi atau perbaikan yang harus dibayarkan oleh pelaku tindak pidana kepada korban, dan biasanya pada saat pemeriksaan di pengadilan. Program ini tidak berhubungan dengan rekonsiliasi antara para pihak, tetapi hanya berkaitan dengan perencanaan perbaikan meteril. Pada model ini, pelaku tindak pidana dapat dikenakan program kerja yang demikian dapat menyimpan uang untuk membayar ganti/kompensasi.²⁰

¹⁹ Barda Nawawi Arief, "*Mediasi penal dalam penyelesaian sengketa di luar pengadilan*", makalah di sampaikan pada Seminar Nasional Pertanggung Jawaban Korporasi dalam Konteks Good Corporate Government, program doctor Ilmu Hukum UNDIP, Jakarta 27 maret 2007, hlm 24

²⁰ *Ibid*, hlm 27

5. *Community Panels or Court Model*

Model ini merupakan program untuk membelokan kasus pidana dari penuntutan atau pengadilan pada prosedur masyarakat yang lebih fleksibel dan informal serta sering melibatkan unsur-unsur mediasi atau negosiasi. Dalam model ini pejabat lokal dapat mempunyai lembaga/badan tersendiri untuk mediasi itu.²¹

6. *Family and Community Group Confernces*

Model ini telah di kembangkan di Australia dan New Zeland, yang melibatkan partisipasi masyarakat dalam sistem peradilan pidana. Model ini tidak hanya melibatkan korban dan pelaku tindak pidana, tetapi juga keluarga pelaku dan masyarakat lainnya, pejabat tertentu (seperti polisi dan hakim anak) dan para pendukung korban.

Model ini pelaku dan keluarganya diharapkan menghasilkan kesepakatan yang komperhensif dan memuaskan korban serta dapat membantu untuk menjaga si pelaku keluar dari kesusahan atau persoalan berikutnya.²²

Dalam Kitab Undang-undang Hukum Acara Pidana (KUHAP), eksistensi penyelesaian sengketa atas dasar mediasi pidana belum diatur. Kewenangan yang diberikan Undang-undang kepada polisi untuk melakukan penyelidikan dan penyidikan tidak secara eksplisit berkenaan dengan mediasi pidana,²³ kecuali polisi mau menafsirkan Pasal 5 ayat (1) huruf ke-4 berkaitan

²¹ *Ibid*, hlm 28

²² *Ibid*, hlm 29

²³ lihat Pasal 4-12 Kitab Undang- Undang Hukum Acara Pidana (KUHAP)

dengan kalimat ”mengadakan tindakan lain menurut hukum yang bertanggung jawab” secara progresif, dalam arti didukung oleh sudut pandang positifisme.

Penjelasan Undang – undang No. 8 Tahun 1981 tentang KUHAP di sebutkan bahwa yang dimaksud dengan “tindakan lain” adalah tindakan dari penyelidikan dengan syarat :

- a. Tidak bertentangan dengan suatu aturan hukum;
- b. Selaras dengan kewajiban hukum yang mengharuskan dilakukannya tindakan jabatan;
- c. Tindakan itu harus patut dan termasuk akal dan termasuk dalam lingkungan jabatannya;
- d. atas pertimbangannya yang layak berdasarkan keadaan memaksa;
- e. Menghormati hak asasi manusia.

Kata “tindakan lain” sesungguhnya memberi kebebasan kepada polisi dalam hal dan kreativitas dalam menangani suatu perkara pidana. Peluang yang diberikan undang-undang kepada kepolisian tersebut memberi wewenang kepadanya untuk melakukan diskresi. Secara sederhana diskresi kita artikan sebagai kebijaksanaan, keleluasaan atau kemampuan untuk melakukan suatu rencana kebijaksanaan atau mempertimbangkan bagi dirinya sendiri.²⁴ Dengan pengertian ini, maka diskresi merupakan kebebasan menerobos aturan, akan tetapi hal itu dilakukan dalam aturan bernalar keadilan.²⁵

²⁴ Warsito hadi Utomo, *Hukum kepolisian di indonesia, Lembaga ilmu pengetahuan indonesia, yogyakarta, 2002, hlm 15*

²⁵ Andi Hamzah, *Jaksa di Berbagai Negara peranan dan kedudukannya*, Sinar grafika, jakarta 1995, hlm 29

Penggunaan mediasi pidana juga dapat dilaksanakan oleh jaksa, mengingat tugas jaksa dalam penegakan hukum pidana tidak hanya dibatasi oleh Undang-undang tapi dengan memperhatikan norma keagamaan, kesopanan, kesusilaan serta wajib menggali dan menjunjung tinggi nilai-nilai kemanusiaan yang hidup dalam norma masyarakat serta senantiasa menjaga kehormatan martabat profesinya.²⁶

Tugas kejaksaan tidak hanya berkaitan dengan penuntutan tapi juga menyelesaikan perkara berdasarkan mediasi pidana, karena makna ‘wajib menggali nilai-nilai yang hidup di dalam masyarakat’ harus kita hubungkan juga dengan nilai-nilai budaya masyarakat yang terbiasa menyelesaikan sengketa diluar pengadilan dengan perdamaian berlandaskan dengan nilai-nilai kekeluargaan. Disamping itu, kewenangan jaksa agung untuk mengesampingkan perkara demi kepentingan umum diperluas dan diberi arti baru yang tidak hanya berkaitan dengan kepentingan Bangsa dan Negara atau kepentingan umum,²⁷ tapi juga kepentingan pelaku. Sedangkan kepentingan korban untuk bertemu langsung dengan pelaku, membicarakan kerugian yang ditimpanya dan meminta restitusi kepada pelaku, serta kepentingan masyarakat untuk ikut berpartisipasi dalam proses peradilan pidana kurang memperhatikan bahkan diabaikan. Dengan perluasan makna arti tersebut, maka mediasi pidana dapat diterapkan sehingga beban sistem peradilan pidana bisa dikurangi.²⁸

²⁶ Pasal 8 ayat (4) Undang-undang No 16 tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia

²⁷ Pasal 35 (c) Undang-undang No 16 Tahun 2004 tentang Kejaksaan Republik Indonesia.

²⁸ Prija djatmika, *Mediasi penal untuk prita*, artikel pada harian jawa pos, edisi 6 juni Tahun 2009

Deksripsi mengenai kewenangan diskresi yang dimiliki polisi dan jaksa diatas mengisyaratkan kepada kita, bahwa sesungguhnya mediasi pidana bisa digunakan sebagai salah satu alternatif penyelesaian sengketa diluar pengadilan atas dasar kewenangan diskresi jaksa dan polisi, walaupun KUHAP sendiri belum mengaturnya secara tegas artinya, mediasi penal bisa diterapkan jika polisi dan jaksa tidak terlalu normatif dan positivistik didalam menafsirkan ketentuan dalam KUHAP, Undang-undang Kepolisian dan Undang-undang Kejaksaan. Namun demikian, hingga saat ini mediasi pidana belum digunakan oleh polisi dan jaksa karena hal itu belum ada aturannya yang tegas dan jelas dalam Undang-undang.²⁹

B. Perkembangan dan Latar belakang Ide ADR – Mediasi penal

Ide atau wacana dimasukannya ADR dalam penyelesaian perkara pidana, antara lain terlihat dari perkembangan sebagai berikut :³⁰

- a. Dalam dokumen penunjang kongres PBB ke 9/1995 yang berkaitan dengan manajemen peradilan pidana (yaitu dokumen A/CONF.169/6) diungkapkan perlunya semua Negara mempertimbangan “ *privatizing some law enforcement and justice functionns*” dan *alternatife dispute resolutions/ADR*” (berupa mediasi, konsiliasi, restusi dan kompensasi) dalam sistem peradilan pidana. Khususnya ADR. ADR yang telah kembangkan dalam lingkungan hukum perdata, seyogyanya juga dapat diterapkan secara luas dibidang hukum pidana.

²⁹ Mahrus Ali, *Op,cit*, hlm 152

³⁰ Barda Nawawi Arif, “*Mediasi Penal, Penyelesaian perkara pidana diluar pengadilan*. Pustaka magister Semarang ,2012. Hlm 10

Dicontohkan misalnya, untuk perkara-perkara pidana yang mengandung unsur “ *Farud dan white collar crime*” atau apabila terdakwa adalah korporasi/badan usaha. Ditegaskan pula bahwa apabila terdakwa adalah korporasi/badan usaha, maka tujuan utama dari pemeriksaan pengadilan seharusnya tidaklah menjatuhkan pidana, tetapi mencapai suatu hasil yang bermanfaat secara menyeluruh dan mengurangi kemungkinan terjadinya pengulangan (*Recidivve*).

- b. Dalam laporan kongres PBB ke-9/1995 tentang “*The Preventions of Crime and The treatment of Offenders* (dokumen A/CONF 169?16, Antara lain ditemukan :
- Untuk mengatasi problem kelebihan muatan (penumpukan perkara) di pengadilan, para peserta kongres menekankan pada upaya pelepasan bersyarat. Mediasi rsitusi dan kompensasi, khususnya untuk pelaku pemula dan pelaku muda (dalam Lapran No.112);
 - Ms. Toulemonde (Menteri Kehakiaman Perancis) Mengemukakan “ Mediasi Penal (*penal mediation*) sebag salah satu alternatf penuntutan yang memberikan kemungkinan penyelesaian negosiasi antara pelaku tindak pidana dengan korban.
- c. Dalam internsional penal reform conference” yang diselenggarakan di royal tanggal Holloway College, Unversity of London, Pada tanggal 13-17 April 19999 dikemukakan, bahwa salah satu unsur kunci dari agenda baru pembaharuan hukum pidana (*The Key Elements of a New Agenda For penal Reform*) ialah perlunya memperkaya sistem peradilan formal

dengan sistem atau mekanisme informal dalam penyelesaian sengketa yang sesuai dengan standar-standar hak asasi manusia (*The need to enrich the formal judicial system with informal, locally based, dispute resolution mechanisms which meet human right standards*).

Konferensi ini juga mengidentifikasi Sembilan strategi pengembangan dalam Sembilan strategi pengembangan dalam melakukan pembaharuan hukum pidana, yaitu mengembangkan/membangun :

1. *Restorative Justice*
 2. *Alternative Dispute resolutions*
 3. *Informal justice*
 4. *Alternative to Custody*
 5. *Alternative ways of dealing with juveniles*
 6. *Dealing with Violent Crime*
 7. *Reducing The prison population*
 8. *The proper management of Prisons*
 9. *The role of civil society in penal reform*
- d. Pada 15 september 1999, komisi para menteri dewan Eropa (*The Committee of ministers of the Council of Europe*) telah menerima recommendations No. R (99) 19 tentang “*mediations in penal Matters*”
- e. Dalam deklarasi wina, kongres PBB ke 10/2000 (dokumenA/CONF.187/4/rev.3) antara lain dikemukakan bahwa untuk memberikan perlindungan kepada korban kejahatan hendaknya

diintrodusir mekanisme mediasi dan peradilan restoratif (*Restorative Justice*)

- f. Pada 15 Maret 2001, Uni Eropa membuat *The EU Council Framework Decicion* tentang kedudukan korban di dalam proses pidana (*The standing of victims in Criminal Proceedings*) – EU (2001/220/JBZ) yang di dalamnya termasuk juga masalah mediasi. Pada pasal 1 (e) dari *framework Decicion* ini mengidentifikasikam “*Mediation in criminal cases*” sebagai : “*The Search prior to or during crminl proceeding, for a negotiated solusition between the victim and the author of he offence, mediated by a competent person.*” Pasal 10-nya menyatakan bahwa, setiap Negara anggota akan berusaha “*to promote mediations in criminal cases for offences which it considers appropariate for this sort of measure*”.

Walaupun pasal 10 ini terkesan hanya memberi dorongan (*encouragement*), namun menurut Annemieke Wolthuis³¹, berdasarkan penjelasan di dalam website Uni Eropa, Negara anggota wajib mengubah UU dan hukum acara pidananya, antara lain mengenai “*the right to mediations*”.

- g. Pada tanggal 24 Juli 2002, Ecosoc (PBB) telah menerima resolusi 2002/12 mengenai “*Basic Principles o the Use of Restorative Justice*”

³¹ Annemieke Wolthuis, *Will Mediations In penal Matters be mandatory? The Impact of International Satandards*, fp.enter.net/Restorativepractices/MediationsMandatory, acces 28 January 2017.

Programers in criminals matters” yang didalamnya juga mencakup masalah mediasi.³²

Berdasarkan uraian diatas, menurut hemat penulis perkembangan ide mediasi penal ini sering diidentifikasi atau dikaitkan dengan kemunculannya, bersama-sama dengan padangan “*restorative justice*”. Padangan ini bertolak dari paradigma baru (“*a new paradigm*”) atau sudut padangan tentang hakekat kejahatan dan reaksi terhadap kejahatan itu sendiri. Kejahatan tidak dilihat semata-mata sebagai pelanggaran UU yang abstrak akan tetapi lebih melihat pada pelanggaran terhadap orang dan hubungan antar orang (*A Crime is not seen so much in terms of violating abstract rules of law but rather as a violations of person and relations*). Banyak pula yang menyatakan bahwa “*restorative justice*” merupakan cara jalan atau cara ketiga (“*third way*”) yang dipilih untuk menggantikan (*neo*) *retributive criminal law dan rehabilitations model* (Peters,1996; Walgrave, 1995)³³

Ide mediasi penal yang bertujuan mempersatukan mereka yang menghendaki dilakukannya rekonsruksi model terdahulu, mereka yang menghendaki alternatif pidana, dan mereka yang menghendaki dikurangnya pembiayaan dan beban kerja dari sistem ini lebih efektif dan efisien.

³² Tercantum dalam dokumen E/2002/INF/2/add.2, Internasional research-project-report2.lihat juga Annemieke, *Ibid*

³³ Tony Peters, From Community sanction to restorative Justice The Belgian Example, UNAFEI, ANNUAL REPORT FOR 2002 and RESOURCE MATERIAL SERIES No 61, Fuche, Tokyo,Japan September 2003, o. 196. www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no61/ch12/pdf_Acces west.law 31 januari 2016

Disamping latar belakang perkembangannya teortik dan internasional di atas, kerarifan lokal dalam hukum adat di Indonesia yang berlandaskan alam pemikiran kosmis, magis dan religious sudah lama mengenal lembaga mediasi penal ini, antara lain, di Sumatra barat, Aceh dan hukum adat lampung.³⁴ Bahkan di Aceh (NAD) sudah ditungkan dalam Perda No. 7/200 tentang penyelenggraan kehidupan masyarakat adat yang antara lain mnegatur sbb.:

Pasal 13 :

Sengeketa penyelesaian terlebih dahulu secara damai melalui mayawarah adat.

Pasal 14 :

- Perdamaian “ mengikat para pihak
- Yang tidak mengindahkan keputusan adat dikenal sanksi adat

Pasal 15

- Apa bila para pihak tidak puas dengan ptusan adat dapat mengajukan perkarnya ke aparat penegak hukum.
- Keputusan adat dapat dijadikan pertimbangan oleh aparat penegeak hukum.

Dalam praktek peradilan pidana di Indonesia pun pernah terjadi (dalam kasus Ny. Eliya Dado, disingkat dengan kasus Ny.Elda”) adanya “perdamaian” digunakan sebagai pertimbangan untuk menyatakan bahwa tindak pidana yang terbukti tidak lagi merupakan suatu kejahatan

³⁴ Hilman Hadi Kusuma.1979. Hukum pidana Adat. Bandung; Alumni; dan Natangsa Surbakti, Gagasan Lembaga pemberiaan maaf dalam Konteks Kebijakan Pembaharuan sistem Peradilan Pidana di Indonesia, Tesis S2 Hukum UNDIP,2003.

atupun pelanggaran, dan oleh karenanya melepaskan tertuduh dari sebagai tuntutan hukum³⁵.

B.1 Pengaturan ADR dan Perkembangan Mediasi Penal di Indonesia.

Dalam pemaparan diatas, bahwa berdasarkan hukum positif di Indonesia , ADR hanya dimungkinkan dalam perkara perdata (lihat pasal 6 UU no 30/1999 tentang arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa). Untuk perkara pidana pada prinsipnya tidak dapat diselesaikan di luar pengadilan, walaupun dalam hal-hal tertentu, dimungkinkan adanya penyelesaian kasus pidana diluar pengadilan, antara lain :

- a. Dalam hal delik yang dilakukan berupa pelanggaran yang hanya diancam dengan pidana denda “ menurut Pasal 82 KUHP, kewenangan/ hak menurut delik pelanggaran di hapus apabila terdakwa telah membayar denda maksimum untuk delik pelanggaran itu dan biaya-biaya yang telah dikeluarkan kalau penuntutan telah dilakukan. Ketentuan dalam pasal 82 KUHP dikenal dengan istilah “*afkoop*” atau pembayaran denda damai” yang merupakan salah satu alasan penghapusan penuntutan.
- b. Dalam hal tindak pidana dilakukan oleh anak dibawah usia 8 tahun. Menurut Undang-Undang no 3/1997 (pengadilan Anak), batas usia anak nakal yang dapat diajukan ke pengadilan sekurang-kurangnya 8 tahun dan belum mencapai 18 tahun. Terhadap anak di bawa 8 tahun, penyidik dapat menyerahkan

³⁵ Lihat Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Utara, No. 46/PD/78/UT/ WANITA. 17 Juni 1978. Hakim ketua sidang : Bismar Siregar.

kembali anak tersebut kepada orang tua, wali, atau diserahkan ke Departemen sosial apabila dipandang tidak dapat lagi dibina oleh orang tua/wali atau orang tua asuh (Pasal 5 UU No. 3 Tahun 1997) kemudian diganti berdasarkan UU no 11 Tahun 2012.

Ketentuan di atas hanya memberikan kemungkinan adanya penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan, namun belum merupakan mediasi penal seperti yang diuraikan di atas. Penyelesaian di luar pengadilan berdasarkan pasal 82 KUHP di atas belum menggambarkan secara tegas adanya kemungkinan penyelesaian damai atau mediasi antara pelaku dan korban (terutama dalam masalah pemberian ganti rugi atau kompensasi) yang merupakan “sarana/pilihan atau diversifikasi” (*Means of diversifications*) untuk dihentikannya penuntutan maupun penjatuhan pidana. Walaupun dalam pasal 82 KUHP alasan penghapusan penuntutan, namun bukan bukuan karena telah adanya ganti kerugian/ kompensasi terhadap korban, tetapi hanya karena telah membayar denda maksimum yang diancamkan. Penyelesaian kasus pidana yang memberi ganti kerugian kepada korban dimungkinkan dalam hal hakim akan menjatuhkan pidana bersyarat (Pasal 14c KUHP). Patut dicatat, ketentuan pidana bersyarat dalam KUHP inipun masih tetap berorientasi pada kepentingan pelaku (*Offenders oriented*, tidak “*Victim oriented*”).

Beberapa kemungkinan lain terlihat dalam Undnag-undnag No 39 Tahun 1999 tentang pengadilan HAM yang memberikan kewenangan kepada Komnas HAM (yang dibentuk berdasarkan Kepres No. 50/1993) untuk melakukan mediasi dalam kasus pelanggaran HAM (lihat pasal 1 ke-7 ; pasal 76:1 Pasal 89:4 ; Pasal 96). Namun tidak ada ketentuan yang secara tegas menyatakan bahwa semua kasus pelanggaran HAM dapat dilakukan mediasi oleh Komnas HAM , karena menurut Pasal 89 (4) Komnas HAM dapat juga memberikan sayarat kepada para pihak untuk menyelesaikan sengketa melalui pengadilan (sub-c), atau hanya memberikan rekomendasi kepada pemerintah atau DPR untuk menindaklanjuti penyelesaian sub-d dan sub e. demikian pula tidak ada ketentuan secara tegas menyatakan bahwa akibat adanya mediasi oleh komnas HAM itu dapat menghapus penuntutan atau pemidanaan.

Di dalam pasal 96 (3) hanya ketentuan bahwa, “ketentuan mediasi mengikat secara hukum dan berlaku sebagai alat bukti yang sah ; dan pada ayat (4) dinyatakan : apabila keputusan mediasi tidak dilaksanakan oleh salah satu pihak dalam jangka waktu yang di tetapkan dalam keputusan yang di tetapkan dalam keputusan mediasi tidak dilaksanakan oleh salah satu pihak dalam jangka waktu yang di tetapkan dalam keputusan tersebut, maka pihak lainnya dapat meminta kepada Pengadilan Negeri setempat agar keputusan tersebut dinyatakan dapat dilaksanakan dengan pembubuhan kalimat “Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhana Yang Maha Esa”.

Dalam rancangan KUHP (yang tersebar dalam beberapa pasal antara lain pasal 82 di atas), di dalam konsep RUU KUHP digabung dalam satu pasal dan diperluas dengan ketentuan sebagai berikut ³⁶:

Dalam Pasal 145 RKUHP terkait dengan kewenangan gugurnya sebuah penuntutan, jika :

- a. Telah adanya putusan yang diperoleh kekuatan hukum tetap
- b. Terdakwa meninggal dunia
- c. Dalursa
- d. Penyelesaian di luar proses
- e. Maksimum denda yang dibayar dengan suka rela bagi tindak pidana yang diancam dengan pidana denda paling banyak kategori II
- f. Maksimum pidana denda dibayar dengan suka rela bagi tindak pidana yang diancam dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun atau pidana dengan paling banyak kategori III
- g. Presiden memberikan amnesti dan abolisi
- h. Penuntutan dihentikan karena penuntutan diserahkan kepada Negara lain berdasarkan perjanjian;
- i. Tindak pidana aduan yang tidak ada pengaduan atau pengaduannya ditarik kembali atau
- j. Pengenaan asas oportunitas oleh jaksa agung.

Dari ketentuan RKUHP diatas terlihat, dimungkinkan penyelesaian perkara pidana di luar pengadilan (lihat sub-diatas). Pengaturan rimcian

³⁶ lihat Rancangan Kitab Undnag-undnag Hukum pidana Tahun 2006-2008 Pasal 145

belum ada, namun tentunya akan datur lebih lanjut di dalam Rancangan KUHP.

Dalam lingkup kepolisian penerapan mediasi penal sebagai upaya melakukan proses penyelesaian diluar pengadilan direspon secara baik, sewaktu ramainya “kasus-kasus kecil”, Kapolri pernah merespon dengan Surat Kapolri No Pol: B/3022/XII/2009 SDEOPS, tertanggal 14 desember 2009 tentang penanganan kasus melalui *Alternative dispute Reesolution* (ADR).

Dalam surat kapolri itu antara lain dinyatakan: “akhir-akhir ini banyak proses penegakan hukum terhadap kasus tindak pidana dengan kerugian sangat kecil menjadi sorotan media masa dan kalangan masyarakat, terkesan aparat terlalu kaku dalam penegakan hukum.

Perkembangan lain dalam undang-undang No.11/2012 tentang sistem peradilan pidana anak (SPP anak), yang menggantikan undang-undang UU No. 3 Tahun 1997. Menurut pasal 108, Undang-undang SPP anak ini baru mulai diberlakukan mulai 2 tahun terhitung sejak tanggal diundangkan tanggal 30 juli 2012. Berarti baru berlaku pada tahun 2014. UU SPP anak ini mengatur mediasi penal untuk perkara pidana anak, yang dapat dijelaskan sebagai berikut :

Undang-undang Nomor 11 Tahun 2012 mengatur tentang keadilan restorative (*Restoratif Justice*), dan diversifikasi dalam pasal 1 dinyatakan :

1. Keadilan Restoratif adalah penyelesaian perkara tindak pidana dengan melibatkan pelaku, korban, keluarga pelaku/korban, pihak lain yang terkait untuk bersama-sama mencari penyelesaian yang

adil dengan menekan pemulihan kembali pada keadaan semula, dan bukan pembalasan.

2. Diversi adalah pengalihan penyelesaian perkara anak dari proses peradilan pidana ke proses diluar peradilan pidana.

Dari dua pertimbangan/ batas di atas terkesan kuat adanya pengertian “Mediasi penal” dalam perkara pidana anak, walaupun Undang-undang inididak secara tegas menggunakan istilah mediasi. Kesan kuat itu terlihat pula dari redaksi Pasal 52 (4) yang menyatakan : “Proses diversi dapat dilaksanakan diruang mediasi pengadilan negeri”. Begitu pula terlihat dari diversi dalam pasal 6, antara lain :

- a. Mencapai perdamai antara korban dan anak;
- b. Menyelesaikan perkara anak diluar proses peradilan.

Tujuan demikian hakekatnya sama denga pengertian mediasi yang dikemukakan pada awal uraian diatas, yaitu sebagai “*Victim offender mediations (VOM)*”, *Tater-Opfer-Ausgleich (TOA)*, atau *Offender-victim Arragement (VOA)*.

Menurut Pasal Undang-Undnag ini, diversi wajib diupayakan dalam setiap tahap SPP anak (Mulai dai Pra Ajudikasi, Ajudikasi, sampai Purna Ajudikasi). Namun Pasal 7, dibatasi dalam hal tindak Menurut Pasal 7, di batasi dalam hal tindak pidana yang dilakukan :

- a. Diancam dengan pidana penjara di bawah 7 (tujuh) tahun; dan
- b. Bukan merupakan pengulangan tindak pidana (*recidivis*)

Ketentuan Pasal 5 diatas sesuai dengan Rule 11 Beijing (*Standard Minimum rules for The Administrations of Juvenile Justice – SMR-JJ*).

Mengenai pembatasan Pasal 7, patut dikemukakan penjelasan dalam *Commentary Rule 11 Beijing Rules*, bahwa tindakan diversi untuk tindak pidana yang tidak serius (*The offence of non-serious nature*). Namun selanjutnya dikemukakan bahwa diversi itu tidak perlu di batasi pada kasus-kasus kecil/ ringan, sehingga menjadi diversi sebagai alat atau instrument penting. Menurut pasal 10 (2) . kesepakatan divesi membentuk :

- a. Pengembalian kerugian dalam hal ada korban;
- b. Rehabilitasi medis dan psikososial;
- c. Penyerahan kembali kepada orang tua atau wali
- d. Keikutsertan dalam pendidikan atau pelatihan di lembaga pendidikan atau LPKS paling lama 2 (tiga) bulan ; atau
- e. Pelayanan masyarakat paling lama 3 (tiga) Bulan.

Redaksi dalam Pasal 10 (2) diatas agak mirip dengan ketentuan Pasal 11, bahwa kesepakatan diversi berbentuk antara lain :

- a. Perdamaian dengan atau tanpa ganti kerugian ;
- b. Penyerahan kembali kepada orang tua atau wali;
- c. Keikutsertaan dalam pendidikan atau pelatihan di lembaga pendidikan
- d. Pelayanan masyarakat.

Dalam Pasal 11 diatas, tidak disebut adanya rehabilitasi medisi ataupun spikososial dan tidak ada ketentuan batas waktu pelayanan masyarakat paling lama 3 (tiga) bulan seperti dalam pasal 10(2). Memperhatikan bentuk-bentuk kesepakatan diatas, rasanya lebih tepat disebut bentuk-bentuk aatau jenis-jenis : “kesepakatan mediasi” daripada “kesepakatan diversifikasi”. Mengenai bentuk kesepakatan diversifikasi, belum terlihat secara eksplisit adanya “pemaafan” atau bentuk-bentuk perdamaian lain yang ada dalam masyarakat, walaupun peluang itu ada dengan digunakannya kata “dapat” dan antara lain” dalam Pasal 10 dan 11.

Penyebutun bentuk diversifikasi berupa “pelayanan masyarakat” dalam pasal 10 dan 11 Undang-undang sistem peradilan anak, begitu jelas maksudnya karena di dalam penejelasan pasal juga tidak diuraikan. Istilah mirip dengan istilah “pidana pelayanan masyarakat” sebagai jenis pidana pokok dalama Pasal 71³⁷, yang pengaturannya ada dalam pasal 76. Dengan demikian tidak begitu jelas pelayanan masyarakat sebagai “bentuk kesepakatan diversifikasi dan sebagai jenis pidana pokok “. Terlebih perhitungan lamanya pelayanan masyarakat (dalam Pasal 10) berdasarkan “bulan”, sedangkan “pidana Pelayanan Masyarakat” berdasarkan hitungan “jam: lihat pasal 76.

³⁷ Menurut Pasal 71 ayat (1) UU No 11 Tahun 2012, “Pidana Pokok” untuk anak terdiri : a. pidana peringatan; b. pidana dengan Syarat; 1) pembinaan di luar lembaga; 2) Pelayanan masyarakat; atau 3) pengawasan; c. Pelatihan Kerja; d. pembinaan dalam lembaga; dan e. penjara. Masing-masing jenis pidana pokok itu diatur lebih lanjut dalam pasal 72 s.d 81. Diantaranya dalam pasal 79 disebut-sebut adanya pidana “Pembatasan Kebebasan” yang tidak ada (tidak di sebut-sebut) dalam pasal 71. Kalau dilihat substansi yang diatur dalam pasal 79, terkesan “Pembatasan Kebebasan” itu merupakan bentuk khusus dari pidana “Penjara”

Menurut pasal 76 ayat (1), pidana pelayanan masyarakat merupakan pidana yang dimaksud untuk mendidik anak dengan meningkatkan kepeduliannya pada kegiatan kemasyarakatan yang positif. Lamanya pidana pelayanan masyarakat untuk anak ini disebutkan dalam ayat (3), yaitu berkisar antara paling singkat 7 (tujuh) jam dan paling lama 120 (seratus dua puluh) jam. Jadi terkesan mirip dengan “*Community Service Order*” yang di dalam konsep Rancangan KUHP disebut sebagai pidana kerja sosial”.

Menurut Undang-undang Sistem peradilan anak (Pasal 12, 29, 42, 52), hasil kesepakatan diversi harus diajukan penyidikan/penuntut umum/ hakim ke ketua pengadilan Negeri untuk memperoleh “penetapan” dan setelah menerima penetapan, dan setelah menerima penetapan penyidik/penuntutan umum menerbitkan penetapan penghentian penyidikan atau penetapan penghentian penuntutan. Menurut Pasal 13, proses peradilan pidana anak dilanjutkan dalam hal :

- a. Proses diversi tidak menghasilkan kesepakatan ; atau
- b. Kesepakatan diversi tidak dilaksanakan.

Secara sederhana mediasi diartikan sebagai kegiatan menjembatani antara dua pihak yang bersengketa guna menghasilkan kesepakatan (*agreement*). Dalam hal ini pengertian mediasi mengandung tiga unsur penting.³⁸

1. Mediasi merupakan proses penyelesaian perselisihan atau sengketa yang terjadi antara kedua belah pihak atau lebih.

³⁸ Mahrus Ali, “*Menggugat Dominasi Negara*” Rangkang, hlm 132

2. Pihak yang terlibat dalam penyelesaian sengketa adalah pihak-pihak yang berasal dari luar pihak yang bersengketa.
3. Pihak yang terlibat dalam penyelesaian sengketa tersebut bertindak sebagai penasehat dan tidak memiliki kewenangan apa-apa dalam pengambilan keputusan.

Pemikiran terhadap posisi korban tindak pidana dalam sistem peradilan pidana memunculkan pendekatan *restorative justice*³⁹. Pendekatan ini memiliki parameter empat unsur yang peranannya penting, yaitu korban tindak pidana, masyarakat, Negara dan pelaku tindak pidana.

Sebagai suatu upaya penyelesaian sengketa dalam ranah hukum pidana, mediasi penal pada hakikatnya dilandasi oleh prinsip umum keadilan *restoratif*. Akan tetapi dalam perwujudannya tentu prinsip keadilan *restoratif* saja tidak cukup untuk dijadikan sebagai dasar landasan yang menyeluruh dalam pelaksanaan mediasi penal. Untuk itu, perlu dikemukakan beberapa prinsip penting yang terkandung dalam pranata mediasi penal baik dari sudut pandang penyelesaian konflik, para pihak maupun dari sisi proses dan mekanisme kerja mediasi penal itu sendiri.⁴⁰

³⁹ Pendekatan *restorative justice* berkembang dari gerana abolisionisme yang hendak membangun sistem keadilan baru, sebab menurut kaum abolisionis tidak ada organisasi yang berkuasa yang dapat mendefinisikan mana yang benar dan mana yang salah, sebab hanya mereka yang berselisih yang dapat menentukan secara tepat bagi diri mereka. Caranya adalah dengan melakukan *civilization* peradilan pidana, yakni menggunakan sejauh mungkin pendekatan hukum perdata, sebagai sarana penyelesaian konflik. Stimulasi terhadap pengawasan sosial yang bersifat preventif pun harus ditingkatkan, pandangan abolisionis ini membentuk masyarakat yang bebas, dengan cara mengapuskan penjara-penjara sebagai refleksi pemikiran yang punitif. Lihat Muladi, "Kapita selekta Sistem Peradilan Pidana, Semarang : Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2002, hlm 126-127.

⁴⁰ CSA Teddy Lesamana, Blog " *Prinsip-prinsip dan Model pelaksanaan Mediasi Pidana*", akses 3 Desember 2016

Melalui pendekatan *restorative justice* tidak adanya satupun dari empat unsur yaitu ; korban tindak pidana, masyarakat, Negara, dan pelaku tindak pidana dikelurakan dari proses peadian pidana. Pelaku dan korban tindak pidana ditempatkan sebagai manusia yang dimiliki kedudukan yang sama. Mudzakir menyatakan “elemen pendekatan *restorative justice* dalam pemidanaan adalah kompensasi, mediasi, rekonsiliasi, penyembuhan, dan pemaafan.

Adapun karakteristik pendekatan *restorative justice* dinyatakan oleh Muladi sebagai berikut :⁴¹

1. Kejahatan dirumuskan sebagai pelanggaran seseorang terhadap orang lain.
2. Titik perhatian pada pemecahan masalah pertanggungjawaban dan kewajiban dimasa depan
3. Sifat norbmatif dibangun atas dasardialog dan negosiasi,
4. Restitusi sebagai sarana erbaikan para pihak; rekonsiliasi dan restorasi sebagai tujuan utama
5. Kejahatan diakui sebagai konflik
6. Sarana perhatian dan perbaikan kerugian sosiaal
7. Masyarakat merupakan fasilitator di dalam proses restorative
8. Keadilan dirumuskan sebagai hubungan-hubunganhak; dinilai atas dasar hasil

⁴¹ Muladi, *Op.cit*, hlm 127-129

9. Menggalakan bantuan timbal balik.
10. Peran korban dan pelaku tindak pidana diakui baik dalam permasalahan maupun penyelesaian hak-hak dan kebutuhan si korban diakui ; Pelaku maupun tindak pidana didorong untuk bertanggung jawab
11. Pertanggung jawaabn si pelaku dirumuskan sebagai dampak pemahaman terhadap perbuatan dan untuk membantu memutuskan mana yang baik.
12. Tindak pidana difahami dalam konteks menyeluruh moral, sosial dan ekonomis
13. Dosa atau hutang dan pertanggung jawaban terhadap korban diakui
14. Reaksi dan tanggapan difokuskan pada konsekuensi yang perbuatan si pelaku tindak pidana
15. Stigma dapat dihapuskan melauai tindak restorative
16. Ada kemungkinan yang bersifat membantu.
17. Perhatian ditujukan pertanggung jawaban terhadap akibat perbuatan.

C. Perkembangan Mediasi Penal di Berbagai Negara

Menegani peraturan "*Penal Mediation*" di beberapa Negara, dapat dikemukakan bahan komparasi sebagai berikut :

1. AUSTRIA

- Pada bulan February 1999 parlemen Austria menerima amandemen terhadap KUHP mengenai “ Mediation and diversion” (Straf prozebnovelle 1999) yang diberlakukan pada Januari 2000.
- Pada mulanya diversifikasi/pengalihan penuntutan hanya untuk anak melalui ATA-J (*Aubergerichtlicher Tatausgleich für Jugendliche*), namun kemudian bias saja untuk orang dewasa melalui ATA-E (*Aubergerichtlicher Tatausgleich für Erwachsene*) yang merupakan bentuk” *victim offender mediation*” (VOM).
- Namun pasal 90g KUHP Austria, penuntut umum dapat mengalihkan perkara pidana dari pengadilan apabila terdakwa mau mengakui perbuatannya, siap melakukan ganti rugi khususnya kompensasi atas kerusakan yang timbul atau kontribusi lainnya untuk memperbaiki akibat dari perbuatannya, dan apabila terdakwa setuju melakukan setiap kewajiban yang diperlukan yang menunjukkan kemauannya untuk tidak mengulangi perbuatannya dimasa yang akan datang.
- Tindak pidana yang dapat dikenakan tindakan diversifikasi, termasuk mediasi, apabila diancam dengan pidana tidak lebih dari 5th. Penjara atau 10 th. Dalam kasus anak, bahkan dapat juga digunakan untuk kasus kekerasan yang sangat berat (*Extremely*

severe violence). Namun diversi tidak boleh, apabila ada korban mati seperti dalam kasus *manslaughter*.⁴²

2. BELGIA

- Pada tahun 1994 diberlakukan UU tentang mediasi penal (*The Act on Penal Mediation*) yang juga disertai dengan pendomannya (*The Guidelinen on penal Mediation*”). Tujuan utama diadakannya “penal mediation” ini adalah untuk memperbaiki kerugian materiil dan moral yang ditimbulkan karena adanya tindak pidana. Namun, mediasi juga dapat dilakukan agar sipelaku melakukan suatu terapi atau melakukan suatu therapy atau melakukan kerja sosial (*community service*).
- Dengan adanya ketentuan ini, penuntut umum diberi kebebasan yang lebih luas untuk memprioritaskan kepentingan korban. Apabila pelaku tindak pidana berjanji untuk memberikan kompensasi kepada korban, maka kasusnya dapat tidak diteruskan ke penuntutan. Pada mulanya kewenangan penuntut umum tidak meneruskan penuntutan karena adanya pembayaran kompensasi hanya untuk delik yang diancam maksimal 5 tahun penjara, tetapi dengan adanya ketentuan baru ini, dapat digunakan juga untuk delik yang diancam untuk delik yang maksimum diancam 2 tahun penjara.

⁴² Miers, David (2001): *An International Review of Restorative Justice*, P7, dalam tulisan Dr. Juhani Livari, *Victim-offender Mediations-An Alternative, An Addition, Or Nothing But A Rubbish Bin in Relation to Legal Proceeding*, www.restorativejustice.org/resources/docs/iivaril/doenload akses 1 februari 2016

- Ketentuan hukum acaranya dimasukkan dalam Pasal 216ter *code of criminal Procedure* (10.02.1994)⁴³

3. JERMAN

- Di Jerman dibedakan dua istilah : *Restitution dan tater-Opfer-Ausgleich* (TOA atau *Offender –victim arrangement* (OVA).
- Aturan restitusi dimasukkan dalam *the juvenile Penal code of 1923*. Restitusi digunakan sebagai sanksi independen (an independent sanction) atau digunakan dalam kombinasi dengan sanksi lain (*Combinations wit further other*), atau sebagian sarana diversifikasi (*as a means of diversions*). Untuk orang dewasa, perintah restitusi diakui sejak 1953 sebagaimana syarat “*Probation*” dan sejak 1975, diakui sebagai sarana diversifikasi bagi jaksa dan hakim
- Pada tahun 1990, OVA (*offenders –victim arrangement*) dimasukkan ke dalam hukum pidana anak secara umum (10 I Nr, & JGG) dan dinyatakan sebagai “*a means of diversion*” (45 II S. 2 JGG). Pada 12 Januari 1994, ditambahkan Pasal 46a ke dalam StGB (KUHP). Pasal ini menetapkan, bahwa apabila pelaku memberi ganti rugi/kompensasi kepada korban secara penuh sebagian besar, atau telah dengan sungguh-sungguh berusaha keras untuk memberi ganti rugi, maka pidananya dapat dikurangi atau bahkan dapat membebaskan pidana hanya dapat

⁴³ Tony Peters, From Community Sanctions to Restorative Justice The Belgian Example, [www.unafei.or.jp/english/ Pdf/PDF_rms/no61/ch12.pdf](http://www.unafei.or.jp/english/Pdf/PDF_rms/no61/ch12.pdf)

memberikan apabila deliknya diancam dengan maksimum pidana 1 tahun penjara atau 360 unit denda harian .

- Penyelesaian kasus pidana antara elaku dan korban memalui kompensasi dikenal dengan istilah *Tater-Opfer-Uasgleich* (TOA). Apabila TOA telah dilakukan, maka penuntutan dihentikan (s.153 stop/*Staiprozessordnung*/KUHP).

4. PERANCIS

- Pada tahun 1993, berdasarkan UU 4 Januari 1993 yang mengamandemen pasal 41 KUHP (*CCP-CCode of Criminal Procedure*) penuntut umum dapat melakukan mediasi antara pelaku dengan korban, sebelum mengambil keputusan yang dituntut tidakya seseorang. Intipasal 41 CCP itu ilah penuntut umum dapat melakukan mediasi penal (dengan persetujuan korban dan pelaku) apabila hal itu dipandang merupakan suatu tindakan yang dapat memperbaiki kerugian yang diderita korban, mengahiri kesususahan dan membantu memperbaiki (merehabilitasi) si pelaku.⁴⁴ Apabila mediasi tiak berhasil dilakukan penuntuta baru dilakukan namun apabila berhasil penuntutan dihentikan (s. 41 dan s. 41 -2 *CCP- Code of Crminal Procedure*).
- Untuk tindak pidana tertentu , pasal 41-2 CCP membolehkan penuntut umum meminta pelaku untuk memberi kompensasi

⁴⁴ Deborah Macfarlane, *Victim-Offender Mediation in France*, <http://www.mediationconference.com>. Acces 10 February 2016.

kepada korban (melakukan mediasi penal), dari pada mengenakan pidana denda, mencabut SIM, atau memerintahkan sanksi alternative berupa pidana kerja sosial selama 60 jam. Terlaksananya mediasi penal ini menghapuskan tuntutan.

5. POLANDIA : ⁴⁵

- Proses mediasi perkara pidana diatur dalam Pasal 23a CCP (*Code of Criminal Procedure*) dan peraturan Menteri kehakiman 13 Juni 2003 tentang “*mediations proceedings in criminal matters*” (Journal Law No 108, item 1020). Pengadilan dan jaksa atas inisiatifnya atau persetujuan korban ke lembaga terpercaya atau seseorang untuk melakukan mediasi antara korban dan terdakwa. Proses mediasi yang paling lama satu bulan. Biaya mediasi ditanggung oleh perbendaharaan Negara (*State Treasury*).
- Mediator melakukan kontak dengan para pihak merancang pertemuan para pihak membantu merumuskan materi kesepakatan itu. Mediator kemudian melaporkan semua itu kepada pengadilan/jaksa. Hasil positif mediasi itu menjadi alasan untuk tidak melanjutkan proses pidana.
- Mediasi dapat diterapkan untuk semua kejahatan maksimum ancamannya 5 Tahun penjara, bahkan kejahatan kekerasan (*Violent crime*) dapat juga dimediasi⁴⁶

⁴⁵ Alternative Dispute Resolutions – Poland [Http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adrpol_en.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adrpol_en.htm), acces 10 February 2016

⁴⁶ Ivo Aertsen, Restorative justice in A European Perspective, http://www.extern.org/restorative/99_Conf_Aertsen.htm, acces 10 february 2016

Dari berbagai ketentuan di berbagai Negara diatas dapat di identifikasikan, bahwa mediasi sebagai salah satu bentuk ADR dimungkinkan dalam perkara pidana, namun tetap diberi payung hukum/kerangka hukum (*mediations within the framework of criminal law*), yang bisai di intergrasikan dalam hukum pidana materil (KUHP) atau hukum pidana Formil (KUHP), atau dalam Undang-undang Khusus.

Tony Paters mengemukakan gambaran pengaturan atau “*legal framework*” di beberapa Negara Eropa sebagai berikut :⁴⁷

- Ditempatkan sebagai bagian dari Undang-undnag Peradilan Anak (*The Juvenile Justice Act*), Yaitu di Australi, Jerman, Finlandia, dan Polandia ;
- Ditempatkannya dalam KUHP (*The code of criminal Procedure*) , yaitu di Austria, Belgia, Finlandia, Perancis, dan Polandia;
- Ditempatkan dalam KUHP (*The Criminal Code*), Yaitu di Finlandia, Jerman, dan Polandia;
- Diatur tersendiri secara otomom dalam Undang-undang mediasi (*The Mediations Act*), seperti di Norwegia,, yang diberlakukan untuk anak-anak maupun dewasa.

Dari beberapa klasifikasi bahan komparisi di atas dapat di identifikasikan, bahwa di beberapa Negara lain mediasi penal dimungkinkan diterapkan dalam kasus:

⁴⁷ Tony Peters, From Community Sanctions....*op.cit.*

- Tindak pidana anak
- Tindak pidana orang dewasa (ada yang dibatasi untuk delik yang diancam pidana penjara maksimum tertentu);
- Tindak pidana dengan kekerasan (*violent crime*)
- Kekerasan dalam rumah tangga (*domestic violence*)
- Kasus perbankan yang beraspek hukum pidana.

D. Formulasi Kebijakan Mediasi Pidana

a. Kebijakan *Afkoop* dalam KUHP

Dalam delik yang dilakukan beberapa pelanggaran yang hanya diancam dengan pidana denda”. Yang tercantum dalam Pasal 82 KUHP, yakni, kewenangan/ hak emnttu delik pelnggaran itu dihapus, apabila terdakwa telah membayar denda maksimum untuk delik pelanggaran itu dan biaya-biaya angtelah dikeluarkan ketika penuntutan telah dilakukan. Ketentuan Pasal 82 ini dikenal dengan istilah “*Afkoop*” atau “Pembayaran denda damai” yang merupakan salah satu alasan hapusnya penuntutan. Melalui pembayaran denda maksimum. Dapat diindari untuk dilakukan penuntutan dan tindak pidana yang hanya diancam dengan pidana denda.

b. Kebijakan Diskresi

Diskresi pada umumnya di artkan sebuah kebebasan kepada seorang pejabat dalam melaksanakan kewenangan yang dimiliki berdasarkan pertimbangan sendiri. Diskresi bisa menjadi sebuah sarana untuk mengisi kekosongan aturan aturan dalam sebuah mekanisme tertentu, namun disis

lain diskresi juga menjadi mala petaka jika digunakan untuk tujuan-tujuan yang menyimpang karenan kewenangan dalam alasan sebuah jawaban, sehingga diperlukan adanya kearifan dan kejujuran dari pemegang kekuasaan tersebut.⁴⁸

Diskresi dalam hal ini bisa ditujukan kepada aparat penegak hukum (kepolisian). Amanat Pasal 18⁴⁹ Undang-Undang Nomor 2 Tahun 2002 berbunyi “Untuk kepentingan umum, pejabat Kepolisian Negara Republik Indonesia dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya dapat bertindak menurut penilaiannya sendiri“, hal tersebut mengandung maksud bahwa seorang anggota Polri yang melaksanakan tugasnya di tengah tengah masyarakat seorang diri, harus mampu mengambil keputusan berdasarkan penilaiannya sendiri apabila terjadi gangguan terhadap ketertiban dan keamanan umum atau bila timbul bahaya bagi ketertiban dan keamanan umum.

Mekipun didasarkan atas pertimbangan pribadi , diskresi itu dilakukan bukan lepas dari ketentuan hukum tapi dilakukan dalam kerangka hukum prosedural. M.Faal⁵⁰ berpendapat bahwa polisi dalam melakukan tindakan penangkapan atau tidak terhadap seseorang walau ia yakin telah ada bukti-bukti permulaan yang cukup.

⁴⁸ Darmoko dan Arya, “*Diskresi Haki (Sebuah Instrument Menegakkan Keadilan Substantif dalam Perkara-perkara Pidana)*”, Alfabeta, Bandung, hlm 70

⁴⁹ Lihat Undang-undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Republik Indonesia.

⁵⁰ M. Faal, *Penyaringan Tindak pidana oleh Polisi (Disresi Kolisian)*, Pradnya Pramita, Jakarta, 1991, hlm 16

Secara yuridis memang telah memenuhi unsur tindak pidana, tetapi seorang polisi yang mengetahui tindak pidana itu bertikdan untuk memprosesnya, hanya menasehati lalau melepaskannya.⁵¹ Secara yuridis diskreis yang dilakukan oleh polisi telah diatur dalam Undang-undang Nomor 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Republik Indonesia yang dapat dilakukan dalam mealkukan tugas pokok. Semakin kuatnya penerapan Mediasi penal sebagai salah satu upaya oleh kepolisian dengan kewewenangan diskresinya dengan dikeluarkan Surat Kapolri No.Pol. B/3022/XII/2009/SDEOPS tanggal 14 Desember 2009 tentang penanganan kasus melalui *Alternative Dispute Resolutions* (ADR), sebagai dasar pembernar jika diterpaka oleh kepolisian secara aplikatif (*applicative polcy*).

E. Klasifikasi Tindak Pidana yang dapat di Mediasi Penal

Penyelesaain tindak pidana dengan menggunakan mediasi, kiranya tidak dapat diterapkan di semua tindak pidana yang dalam KUHP maupun undang-undang dilur KUHP (*Lex specialis*). Perlunya kebijakan penentuan tindak pidana apa saja yang dapat menerapkan konsep mediasi ini penulis memberikan gambarannya sebagai berikut:

⁵¹ *Ibid.*

1. Penggunaan ancaman yang rendah dalam tindak pidana.

Tindak pidana yang dapat dimediasikan hendaknya tindak pidana hanya diancam dengan ancaman pidana denda atau ancaman pidana penjara paling lama 5 tahun untuk tindak pidana tertentu seperti Pasal 359 KUHP (kelalaian mengakibatkan matinya orang) dan Pasal 360 KUHP (kelalaian mengakibatkan orang lain luka berat).

2. Tingkat kerugian yang ditimbulkan

Tindak pidana yang dapat dimediasi haruslah tindak pidana yang menimbulkan kerugian yang kecil saja, seperti dalam pelanggaran ringan dan kejahatan ringan. Contohnya tindak pidana pencurian ringan, penganiayaan ringan, penipuan ringan dan penggelapan ringan.

3. Tindak pidana yang dilakukan karena kelalaian.

Tindak pidana yang dilakukan karena kelalaian dapat dimediasikan hal ini menyangkut sikap batil pelaku tindak pidana. Dalam kelalaian tindak pidana dan akibat yang terjadi bukan karena kehendak pelaku, melainkan karena kurang hati-hatian.

4. Tindak pidana yang merupakan delik aduan balik absolut maupun relatif.

Tindak pidana aduan dapat dimediasikan karena penuntutnya didasarkan pada ada atau tidaknya adanya pengaduan, dan adanya kesempatan bagi korban atau tidak adanya pengaduan, kemudian kesempatan bagi korban atau pengadu untuk mencabut pengaduannya sehingga proses tidak sampai berlanjut pada peradilan.

5. Tindak pidana yang mengembalikan anggota keluarga sebagai pelaku/korban.

Hal ini sejalan dengan salah satu tujuan mediasi penal yaitu mengintegrasikan dan menyatukan atau memperkuat kembali hubungan antara pelaku tindak pidana dan korban.

Dengan demikian apabila terjadi tindak pidana yang melibatkan anggota keluarga maka dimungkinkan untuk dilakukan proses mediasi.

6. Tindak Pidana dimana Pelakuknya anak dibawah umur

Terhadap anak dibawah umur yang melakukan tindak pidana terdapat ketentuan khusus, sehingga proses peradilan pidana yang dijalani tidak menimbulkan trauma yang berkemungkinan yang akan mengganggu perkembangan psikisnya, sehingga dibuka kemungkinan besar untuk menyelesaikan dengan proses mediasi penal.

7. Tindak pidana yang unsur-unsur tindak pidananya tidak jelas.

Hal ini di kemukakan oleh hakim pengadilan tinggi Jawa Timur Made Rawa Aryawan, bahwa untuk tindak pidana yang tidak begitu jelas unsur pidananya, maka lebih baik di mediasi dalam penyelesaiannya.

F. Perkembangan *Restorative Justice*

Kemajuan di bidang Ilmu hukum pengetahuan hukum pada akhir abad 20 memiliki ciri sebagai berikut ;⁵²

⁵²Lihat karya Purna Tugas DR. H,M. Imron Anwari, Peneapan Hukum pidana Kini dan Masa Mendatang. Genta Publishing Yogyakarta, 2014, hlm 176

1. *Humanitarian Law*, hukum tidak bebas nilai dari asas kemanusiaan bagi semua individu (*Human Right*), baik yang dirumuskan dalam konvensi maupun hukum positif yang berlaku
2. *Law and Civilizations*, bukan hukum yang bersifat konfrontatif, melainkan hukum yang mengadung unsur peradaban yang semakin maju;
3. *Law as a part on human welfare*, hukum harus dapat membutuhkan kesejahteraan bersamaan (*sosial welfare*) dan pelayanan hukum bagi masyarakat banyak dengan merasionalisasikan sanksi penal;
4. *Law and Moral*, tatanan hidup manusia tidak dapat mengesampingkan begitu saja terhadap norma dan moral, yang dikomplementasikan dengan norma hukum.

Pembaharuan hukum tersebut mendorong lahirnya pemikiran alternatif atas sanksi penal (termasuk proses penyelesaian sengketa melalui pengadilan) yang ternyata hasilnya kurang efisien dan efektif. Oleh karena itu, proses melalui pengadilan perlu dilengkapi atau diberi alternatif lain dengan upaya-upaya atau alternatif sanksi-sanksi yang lebih tepat (*Prrecise justice*). Praktek ini telah dilakukan oleh beberapa Negara dalam penyelesaian kasus-kasus tindak pidana. Beberapa Negara yang mempunyai tekad kuat (*political will*) untuk memberantas korupsi menyusun secara sistematis (*mechanism for minimizit*).

Hal yang sejalan jika diterapkan di Indonesia sebagai upaya bahan dalam rangka pembaharuan hukum pidana nasional dengan penerapan konsep *penal meditions / restorative justice*.

Mediasi sebagai salah satu pendekatan *restorative justice* memiliki akar sejarah yang panjang dalam menaggulangi tindak pidana. Mediasi pidana merupakan bentuk kuno dari penanganan perkara pidana di dalam masyarakat. Pendekaan *restorative justice*⁵³ sering dipertentangkan dengan pendekatan *retributive justice* dalam penanggulangan tindak pidana. Pertentang tersebut terlihat dari sudut pandang kedua pendekatan tersebut. Para pendukung *restorative justice* berpendapat respon utama Negara pada kejahatan seharusnya adalah menghukum pelaku kejahatan setimpal dengan perbuatannya.⁵⁴

Penghukuman kepada pelaku tindak pidana dalam pendekatan *retributive justice* haruslah berupa pemberian rasa sakit kepada pelaku tindak pidana sehingga akan menghilangkan dan membersihkan tindak pidana. Bentuk pemberian rasa sakit tersebut antara lain dengan membatasi kebebasan,

⁵³ Seumas Miller dan John Blackler, *Restorative Justice: Retribution, Confession and Shame*, sebagaimana dirangkum dalam buku *Restorative Justice Philosophy to Practice*, editor: Heather Strang dan John Braitwaite, (Inggris: Dartmouth Publishing Company, 2000), hal. 88. Terjemahan bebas dari penulis yaitu: “Keadilan restoratif sering berbanding terbalik dengan keadilan retributif, dengan alasan bahwa dasar retributive itu diadakan untuk berkomitmen kepada hukuman untuk kepentingan diri sendiri, kemudain meninggalkan hukuman yang membuat malu, rekonsiliasi dan pengampunan. Kami akan berpendapat bahwa ada peran ineliminable untuk prinsip-prinsip keadilan retributif, termasuk hukuman, dalam konsep keadilan restoratif. Kami selanjutnya akan berpendapat bahwa konsep rasa malu yang lebih dekat terkait dengan hukuman. Akibatnya, rasa malu dan hukuman bukan alternatif, namun berjalan beriringan dalam kerangka keadilan restoratif dapat diterima.

⁵⁴ R.A. Duff , “*Restorations dan retribution*” dalam von Hirschi et.el., *Restoration Justice dan criminal justice*, Hart Publishing, 2003, hlm 43.

berupa penjara kurungan, bahkan sampai pada menghilangkan kehidupannya atau hukuman mati.⁵⁵ Para pendukung pendekatan *retributive justice* mencela pendekatan yang dilakukan dalam *restorative justice* yang cenderung menghindari penghukuman sehingga kemungkinan tidak konsisten dengan nilai keadilan, kepatutan dan kelayakan yang merupakan ini dari hukuman.

Kontribusi Negara dalam pendekatan *restorative justice*, dapat menimbulkan distorsi penegakan hukum ketika kekuasaan Negara yang menjadi pemegang kekuasaan penghukuman, memberikan sanksi pidana yang berat bagi para pelaku tindak pidana yang semata-mata demi menjaga keamanan Negara, terutama terjadi pada Negara-negara yang lemah dan kurang mendapatkan dukungan rakyat. Negara yang lemah ini tidak memberikan pada upaya-upaya penyelesaian tindak pidana yang lebih baik kecuali dalam bentuk penghukuman. Kondisi peradilan yang mendominasi oleh Negara pada akhirnya munculnya kritikan terhadap sistem peradilan pidana yang dinilai selalu mengutamakan pemberian hukuman dan pemabalasan.

Sistem peradilan pidana dianggap kurang mendominasi semua kepentingan masyarakat, dan mengabaikan kepentingan korban. Korban hampir tidak memiliki peran atau control dalam proses peradilan pidana yang pada akhirnya tidak puas dengan hasil yang diberikan oleh pengadilan. Pengadilan dianggap gagal dalam memberikan rasa aman pada individu dan masyarakat.

⁵⁵ Mary Ellen Reimud, "The law and restorative Justice", Criminal Justice system Reform Systemati Look At The Legal Issue in Restorative Justice, Criminal Justice system reform Symposium , Drake Law Riview, 2005, hlm 670.

Perkembangan Negara yang lebih memberikan kebebasan kepada warga Negara seperti pada Negara-negara industri, telah mendorong lebih besar berkembangnya mediasi pidana dalam pendekatan *restorative justice*.

Sebaiknya pendukung pendekatan *restorative justice* menyatakan respon kepada kejahatan seharusnya adalah restorasi, yang mengasampingkan hukuman. Melalui restorasi terdapat pengakuan oleh pelaku tindak pidana sebagai penyebab terjadinya luka terhadap diri korban tindak pidana. Pelaku tindak pidana memberikan kepada korban apa yang diperlukan untuk menghilangkan rasa sakit. Pelaku tindak pidana pada akhirnya akan memberikan tanggung jawab secara langsung kepada korban tindak pidana, sehingga membuat segalanya menjadi lebih baik kembali.⁵⁶ Artinya pendekatan *restorative justice* melihat tindak pidana sebagai bentuk pelanggaran kepada manusia sebagai individu dan merupakan hubungan interpersonal.⁵⁷

Nilai-nilai dari *restorative justice* terdapat dalam berbagai budaya di seluruh dunia yang tampak dalam masing-masing hukum adatnya. Antara lain pada suku Indian Amerika Serikat, suku Aboriginal di Kanada, suku Māori di New Zealand, suku Hawaiians, suku-suku di Afrika, suku di Afghanistan dengan pandangan *Jirga* dan bangsa Arab dan Palestina dengan *Sulh* serta

⁵⁶ Mark S. Umbreit et al, "Responsive Justice in the Twenty-first Century: A Social Movement Full of Opportunities and Pitfalls, Symposium : Restorative Justice in Action, Marquette Law Review, 2005, hlm 257

⁵⁷ Pendekatan *restorative justice* yang menekankan pada hubungan interpersonal, bertentangan dengan pelaksanaan penegakan hukum dalam sistem peradilan yang diselenggarakan oleh Negara, sebab tindak pidana telah berubah menjadi perbuatan yang merusak dan mengganggu kedamaian Negara secara umum, Negara secara pasti mengambil alih konflik antara pelaku dan korban tindak pidana dari permasalahan antara individu menjadi permasalahan publik.

tamopak dalam praktek-praktek di Celtic kuno yang ditemukan dalam hukum Brehon.

Filosofi *restorative justice* menawarkan alternative bagi penghukuman. Restorative justice memberikan padangan yang berbeda dalam melihat masalah kejahatan dan memberikan hal yang baru bagi publik dalam merespon kerusakan yang diakibatkan karena terjadinya tindak pidana. Pendekatan *restorative justice* melihat adanya kerugian yang diderita akibat tindak pidana oleh para pihak baik korban, masyarakat dan pelaku tindak pidana. Pendekatan *restorative justice* mengupayakan keseimbangan kepentingan para pihak dalam tindak pidana dan memberikan ganti kerugian yang muncul dari adanya tindak pidana guna mencapai keadilan. Pendekatan tersebut yang mengutamakan keseimbangan ini mengingatkan peran korban, masyarakat dan pelaku tindak pidana. Pendekatan yang seimbang tersebut mempunyai tiga tujuan: pertama, tanggung jawab pelaku tindak pidana kepada korban dan masyarakat; kedua, kemampuan pelaku untuk berkembang dan ketiga, perlindungan pada masyarakat.⁵⁸

Howard Zehr,⁵⁹ mengungkapkan upaya melakukan upaya polarisasi antara *retributive Justice* dengan *restorative justice* adalah hal yang sangat menyesatkan. Corad Bunk berpendapat bahwa level teoritis antara *retributive*

⁵⁸ Kathy Elton dan Michele M Rybal, "Restorative, a Component of Justice, Utah Law Review, 2003, hlm 50

⁵⁹ Howard Zehr adalah yang pertama kali menulis tentang restorative justice secara komprehensif dalam pamphlet kecil yang berjudul *retributive justice restorative justice* pada 1985 dan kemudian dikembangkan dalam buku yang berjudul *Changing lenses*, 1990, Howard Zehr memperkenalkan restorative justice sebagai suatu paradigma keadilan alternative. Lihat selanjutnya Tony F Marshall, *Restorative justice an Overview, A Report by Home Office Reserch Development and Statistics Directorate*, tt, hlm 29.

justice dan *restorative justice* bukan merupakan kutub yang berlawanan, sebagaimana yang menjadi asumsi banyak pihak. Baik Howard Zehr maupun Conrad Bunk melihat baik *retributive justice* dan *restorative justice* memiliki banyak kesamaan yaitu keinginan untuk membersihkan akibat yang muncul dari tindak pidana melalui respon yang sebandang atas tindak pidana tersebut.

Sementara itu, R.A. Duff sangat mendukung respon terhadap kejahatan yang dilakukan melalui pendekatan *restorative justice* dengan memberikan restorasi, namun R.A. Duff tidak sependapat apabila pendekatan *restorative justice* dan *retributive justice* dikatakan memiliki perbedaan dalam penanggulangan kejahatan. R.A. Duff berpendapat pendekatan *restorative justice* sesuai dengan pendekatan *retributive justice*, bahkan pendekatan *restorative justice* memerlukan pendekatan *retributive justice*, sebab kejahatan hanya dapat dilakukan atau restorasi hanya dalam keangkaan penghukuman dalam pendekatan *retributive justice*.⁶⁰

Tulisan Zehr sangat mempengaruhi para pengikut setianya, terutama Mark Umbreit, Martin Wright dan John Harding. Mereka menganggap pendekatan *restorative justice* sebagai sinonim dari *victim offender meditations* yang menekankan pada negosiasi privat yang cukup untuk merespon kejahatan. Wright memperkenalkan *restorative justice* sebagai bentuk peralihan dari hukum pidana kepada hukum perdata.

⁶⁰ Howard Zehr secara tegas membedakan antara *restorative justice* dengan *retributive* namun kemudian dalam perkembangannya ia merisaukan adanya polarisasi antara kedua pendekatan tersebut yang berakibat padapengotakan masalah pada *retributive* dan *restorative* yang berakibat adanya penyembuyian persamaan dan wilayah di mana keduanya dapat berkolaborasi. Pandangan Howard Zehr ini dilihat sebagai pendekatan *restorative justice* sebagai pelengkap dari sistem peradilan pidana konvensional.

Pandangan Wirgh dipengaruhi juga oleh Nils Christie yang menganggap kejahatan sebagai konflik antara pada pihak yang penyelesaiannya telah dicuri oleh Negara yang seharusnya dikembalikan kepada para pihak yang terkiat. Padangan Christie tidak terlepas dari pengaruh paham abolisionism, yang menolak intervensi Negara. Wirght juga digerakkan oleh upaya merekonsiliasi prosedur *restorative justice* atau *victim offender mediations* dengan sistem peradilan pidana tradisional.⁶¹

Dimensi sosial pada pendekatan *restorative justice* diberikan oleh budaya lokal yang ada di Amerika Utara, Suku Indian, dan Negara-negara pasifik budaya maaf yang pengampunan yang terdapat di jepang. Dimensi sosial pada pendekatan *restorative jutice* selajutnya oleh john Braithwaite di kembangkan menjadi gagasan mengintegrasikan rasa malu atau reintegrative shaming, suatu teori control sosial yang berpendapat pelaku tindak pidana potensial sangat dipengaruhi secara oleh rasa malu yang diberikan Negara dalam bentuk hukum pidana. John Braithwaite lebih menekankan kontrol sosial sejauh mungkin berasal dari masyarakat. John mengembangkan dan menafsirkan kembali bentuk *family group conference* di selandia baru yang mengintegrasikan rasa malu.

Secara keseluruhan pendekatan ini masih belum selesai dalam tahap pembangunan teorinya, meskipun telah banyak kajian bekeanan dengan *restorative justice*. Pendeketam *restorative justice* dilihat oleh bianchi lebih tepat dilakukan dipenjara sebagai sarana restorasi sebagai pelaku tindak

⁶¹ Tony F. Marshall, Op.cit, hlm 29

pidana. Dignan dan Cavadino melakukan integrasi *restorative justice* yang berbeda-beda terutama peran masyarakat. Marshall mengenal *restorative justice* dalam konteks perubahan holistik dalam struktur komunitas, masyarakat, dan organisasi kemasyarakatan yang diakui pula oleh Weitekamp. Walaupun tidak mudah menemukan teori keadilan atau teori kriminologi yang telah ada digunakan menyokong pendekatan *restorative justice*, akan tetapi banyak teori-teori yang dikembangkan dan berasal dari pendekatan akademik yang disatukan pada tingkat yang berbeda-beda antara lain teori control dari Hirschi yang berpendapat bahwa intervensi Negara tidak dapat digantikan kekuatan ikatan masyarakat dan penerimaan masyarakat dalam mengontrol perilaku yang menyimpang.⁶² John Braithwaite mengembangkan gagasan Hirschi, dalam *reintegrative shaming* untuk menunjukkan perhatian pada keadilan pada korban yang tidak tampak dalam pandangan Hirschi.

Teori Madza berpendapat elemen terpenting yang memungkinkan pelaku kejahatan untuk melakukan kejahatan sementara mempertahankan citra diri yang positif yang digunakan pada sejumlah teknik netralisasi untuk mengilangkan atau meminimalisir pengaruh atas tindakan mereka atau membenarkan tindakan mereka. Konfrontasi dengan korban tindak pidana membuat pelaku tindak pidana mengalami kesulitan dan membuat pelaku

⁶² Ikatan sosial menurut pandangan Hirschi menempatkan seseorang individu terkait dengan masyarakatnya, semakin kuat ikatan sosialnya yang dimilikinya maka dapat menjadi faktor pencegah timbulnya perilaku menyimpang. Seseorang yang lemah atau terputus-putus sosialnya dengan masyarakat, dapat “bebas” melakukan penyimpangan. Lihat Hirschi dalam Paulus Hadisuprati, *Delinkuensi Anak : Penambahan dan penaggulangannya*, Malang : Bayu media publishing, 2008, hlm.39

tidak pidana menghadapi realitas akan kerusakan yang disebabkan. Terori atau pemikiran alin yang berdampak pada pendekatan *restorative justice* antara lain adalah abolisionisme, kriminologi feminis, dan teori perdamaian dan resolusi konflik. Pandangan abolisionisme intinya mendukung adanya control masyarakat yang menggantikan pengawasan oleh Negara. Kirminologi feminis intinya menekankan hubungan personal dan masyarakat. Teori perdamaian intinya memberlakukan kejahatan suatu tindakan yang dapat diselsaikan lebih baik melalui perjanjian dan partisipasi sukarela daripada dengan penegakan hukum pidana.⁶³

Berkembangnya pendekatan *restorative justice* di berbagai Negara meunculkan pilihan-pilihan untuk masuk ke dalam peraturan hukum pidana. HI ini bedampak pada pergeseran filosofi sitem keadilan yang berkembang dalam sistem peradilan pidana. Aturan hukum yang tidak dapat memaksakan *restorative justice* dalam penegakan hukum, tanpa meperlihatkan nilai filosofi yang ada dalam sitem peradilan pidana tersebut. Terdapat berbagai pertentangan yang serius berkenaan pdanan pendekatan *restorative justice*. Dalam padangan pandangan Gary Schurrer berkenaan dengan upaya pengaturan dalam hukum pidana. Gary melihat sistem hukum pidana bukan lah sistem hukum yang mendesain untuk melakukan peubahan secara cepat. Meskipun terdapat kesamaan dalam tujuan guna mencapai keadilan seperti upaya rehabilitasi serta akuntabilitas dalam penegakan hukum, namun tidak menutup adanya ketegangan antara kedua pendekatan *retributive justice*

⁶³ Tony F. Marshall, *Op.cit*, hlm 33-35

dengan *restorative justice*, terutama jika menyangkut persoalan hak-hak pelaku tindak pidana yang telah berkembang dengan luas dalam sistem peradilan pidana konvensional. Hal ini sering menimbulkan ketidakharmonisan kedua pendekatan tersebut. Pendekatan *restorative justice* melihat secara berbeda *due process, legality, euqlity*, serta hak membela diri, dan praduga ta bersalah, sehingga kesemuanya harus di konstruksi ulang dengan cara pandang dalam pendekatan *restorative justice*.⁶⁴

Sementara ini, di di Indonesia sendiri hukum pidana lebih difokuskan pada persoalan penanganan pelaku. Hukum pidana diorientasikan memberikan hukuman yang mampu mendidik pelaku, mengembalikannya sebagai seorang yang bermanfaat dalam masyarakat selainnya menjadi jera. Ternyata dalam praktek tujuan tersebut tidak juga terwujud karena pihak-pihak yang langsung bersinggungan tidak pernah dilibatkan langsung dalam proses penyelesaian persoalan seperti korban maupun masyarakat. Seorang penjahat yang selesai menjalani hukuman seringkali masih menerima hukuman dari masyarakat berupa pengecilan dan stigma buruk. Hal ini terjadi, karena masyarakat tidak pernah terlibat dalam proses perbaikan diri pelaku kejahatan.

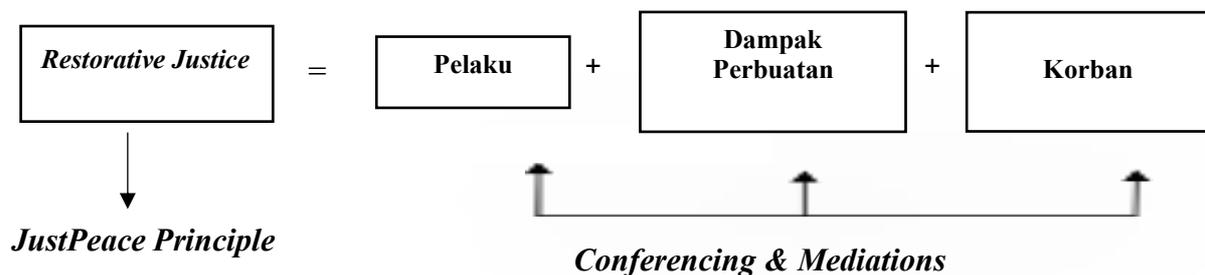
Restorative justice memberikan satu alternatif penyelesaian pidana dengan cara yang lebih bernilai kepada perdamaian pemulihan. Qomariah Emong Supraja (2005: 44) mengemukakan bahwa,

⁶⁴ Ibid, hlm 682

teori pembalasan sudah banyak ditinggalkan oleh negara-negara maju. Teori tujuan atau pendidikan ditinggalkan, sementara teori yang berkembang dan banyak dipakai adalah

Teori bagaimana korban bias dilindungi, dalam RUU KUHP rancangan tersebut diarahkan agar mampu peduli kepada korban. Berdasarkan pada perkembangan falsafah pidana di atas, maka sudah semestinya saat ini ide pidana harus terus berkembang seiring dengan berkembangnya falsafah pidana tersebut. Perspektif pembalasan menurut hemat penulis semata-mata sudah lama ditinggalkan, perspektif relative sudah mulai kehilangan relevansinya karena masalah efektifitas pada aspek penjeratan bagi pelaku tindak pidana. Sementara perspektif gabungan dipertanyakan konsistensinya karena memiliki dua dasar asumsi yang berbeda. Sementara restoratif yang berorientasi kepada korban dan penyelesaian bersama dengan tujuan pemulihan masih perlu diuji efektifitasnya di Indonesia

Skema dalam penyelesaian dalam konsep *Restorative Justice*:



F.1. Efektifitas *Restoratif Justice* dalam Penyelesaian Tindak Pidana.

Dalam berbagai wacana actual, restorative justice atau yang sering di sebut juga keadilan restorative merupakan suatu cara khusus untuk menyelesaikan kasus pidana diluar pengadilan (*Non Litigasi*) ya merupakan suata cara khusus untuk menyelsaikan kasus pidana di luar pengadilan. Walaupun tidak semua jenis pidana dapat diterapkan dalam sistem ini namun penerapannya bisa dikatakan jauh lebih efektif dibandingkan peradilan yang konvensional.

Ada beberapa manfaat diterapkannya *retributive justice* dalam sistem peradilan suatu Negara. Manfaat yang pertama adalah bai korban dan pelaku. Konsep ini berpandangan bahwa pelaku tindak pidana harus membayar kesalahannya melalui pemenjaraan. Adapaun korban hanya “dimanfaatkan” sebagai saksi. Setelah proses persidangan selesai korban akan ditinggalkan sendiri dengan segala penderitaan dan kerugiaannya. Sebaliknya dalam *Restorative justice* justru akan lebih *less upset about the crime, less apprehensive and less afraid of revictimization* (kurang paham tentang kejahatan, kurang memperhatikan dan kurang takut reviktimisasi).⁶⁵

Manfaat kedua adalah bagi komunitas sekitarnya. *Restorative justice* tidak hanya merestorasi pelaku dan korban, tetapi juga menyembuhkan pengaruh buruk yang dirasakan komunitas.

⁶⁵ Sefriani, Jurnal Hukum, *Urgensi Rekonseptualisasi dan Legislasi Keadilan Restoratif di Indonesia*, Jurnal Vinding Media Pembinaan Hukum Nasional. Vol.2 Nomor 2. Agustus 2013. Hlm 12

Program perdamaian yang menjadi icon *restorative justice* diharapkan akan menjamin keselamatan, keamaan, dan keharmonisan masyarakat terdampak. Manfaat ketika adalah mengurangi jumlah narapidana dan rsidivis, dan manfaat keempat adalah menghemat waktu dan biaya. ⁶⁶

Adapun kriteria yang harus diperhatikan adalah aspek yuridis dan aspek sosiologis. Aspek yuridis yang dimaksud adalah sifat melawan hukumnya perbuatan, sifat berbahayanya perbuatan, jenis pidananya (*Strasoort*), Berat ringan pidana (*Straffmaat*), cara bagaimana pidana dilaksanakan (*Strafmodus*), dan kondisi-kondisi yange diakibatkan oleh tindana itu. Sedangkan aspek sosiologis yang perlu diperhatikan adalah karakter, umur, keadaan si pelaku, latar belakang terjadinya perilaku tersebut, kondisi kejiwaan pelaku dan apakah pelaku itu pemula atau bukan, kemudian pelaku itu memperbaiki kerugian yang ditimbulkan atas perilakunya, hingga mengakui kesalahannya, dan meminta maaf kepada korban, serta menyesali dan tidak mengulaangi perbuatan yang sama. ⁶⁷

Pada initnya pelaksanaan *restorative justice* adalah memperbaiki kerusakan sosial yang diakibatkan pelaku, mengembangkan pemulihan bagi korban dan masyarakat, serta mengembalikan pelaku dengan masyarakat. Keadilan restorasi menawarkan suatu yang berbeda karena mekainisme peradilan yang terfocus kepada pembuktian perkara pidana diubah menjadi proses dialog dan mediasi.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Ibnu Artadi, Jurnal Hukum, *Dekorstruksi Pemahaman Penyelesaian Perkara Pidana Melalui Prosedur Perdamaian*. Jurnal Hukum Pro Justicia Vol 25 No. 1 Januari 2007, hlm 40

Tujuan akhir dan sistem ini adalah membuktikan kesalahan pelaku dan menjatuhkan hukuman diubah menjadi upaya mencari kesepakatan atas suatu penyelesaian perkara pidana yang menguntungkan. Adapun beberapa keuntungan yang didapatkan dalam penyelesaian menggunakan keadilan restorasi. *Pertama*, masyarakat diberikan ruang untuk menangani sendiri permasalahan hukumannya yang dirasakan lebih adil. *Kedua*, beban Negara berkurang. Secara administratif, jumlah perkara yang masuk ke dalam sistem peradilan dapat dikurangi sehingga beban institusi pengadilan menjadi berkurang. Dengan begitu maka beban untuk menyediakan anggaran penyelenggaraan sistem peradilan pidana utamanya dalam hal penyelenggaraan lembaga pemasyarakatan pun berkurang.⁶⁸

Jika kita bandingkan sistem peradilan pidana dengan *restorative justice* maka perbandingannya adalah demikian ⁶⁹:

	Sistem Peradilan Pidana	Restorative Justice
Tujuan	Menanggulangi dan Mengendalikan Kejahatan	Mencari penyelesaian atas tindak pidana yang terjadi
Tolok Ukur Keberhasilan	Jumlah perkara yang di Proses dan di pidana yang dijatuhkan	Kesepakatan para pihak yang dapat dijalankan
Tujuan Akhir	Mengintegrasikan pelaku kembali ke masyarakat untuk menjadi warga yang baik	Pemulihan Hubungan Sosial Antar <i>Stake Holder</i>

⁶⁸ Yunan Hilmi, jurnal, *Penegakan Hukum Oleh Kepolisian Melalui Pendekatan restorative Justice Dalam Sistem Hukum Nasional*. Jurnal RechtVinding Mediasi Hukum Nasional. Vol.2 Nomor 2, Agustus 2013. Hlm 04

⁶⁹ *Ibid.* hlm 4

Bentuk Penyelesaian	Pembalasan, Pemaksaan, Penderitaan bagi pelaku	Pemaafan, suka rela, dan perbaikan untuk semua
--------------------------------	---	---

G. Mediasi Pidana dalam Perspektif Hukum Islam.

Mediasi dalam konsep Islam di kenal dengan istilah *shulhu/ishlah*, beberapa ahli *fiqih* memberikan definisi yang hampir sama meskipun dalam redaksi yang berbeda, yaitu yang mudah dipahami dalam suatu akad dengan maksud untuk mengakhiri suatu persengketaan antara dua orang yang saling bersengketa yang berakhir dengan perdamaian.⁷⁰

Dalam termologi *fiqih* lainnya juga menjelaskan bahwa mediasi dalam literatur Islam disamakan dengan *Tahkim*, yang dalam istilah tersebut melibatkan dua orang atau lebih yang meminta orang lain agar diputuskan perselisihan yang terjadi diantara mereka dengan hukum *syar'i*.⁷¹ *Tahkim* yakni berlindungnya dua pihak yang bersengketa kepada orang yang mereka sepakati dan setuju serta rela menerima keputusannya untuk menyelesaikan persengketaan mereka, berlindungnya dua pihak yang bersengketa kepada orang yang mereka tunjuk (sebagai penengah) untuk memutuskan/ menyelesaikan perselisihan yang terjadi diantara mereka.

Lembaga *tahkim* telah dikenal sejak sebelum masa Islam. Orang – orang Nasrani apabila mengalami perselisihan diantara mereka mengajukan

⁷⁰ <http://www.pa-pekalongan.go.id> “ Mediasi dalam konsep Islam” akses 6 desember 2016.

⁷¹ Samir aliyah, Sistem Pemerintahan Peradilan dan Adat dalam Islam, jakarata:Khalifa, 2004, hlm 328

perselisihan kepada Paus untuk diselesaikan secara damai.⁷² Allah SWT telah berfirman kepada kita terkait posisi antara sesama manusia, hal tersebut tercantum didalam al-Quran surat al-Hujurat ayat 10 yang artinya:

*“Orang-orang yang beriman itu sesungguhnya bersaudara, sebab itu damaikanlah (perbaikilah hubungan) antara kedua saudaramu itu dan takitlah terhadap Allah, supaya kamu mendaopat rahmat”.*⁷³

Ada beberapa bentuk *ishlah* dalam Islam yang dikenal antara lain :

1. *Ishlah* antara orang Islam dengan orang kafir;
2. *Ishlah* antara suami dengan istri;
3. *Ishlah* orang yang saling menuntut;
4. *Ishlah* dalam hal penganiayaan seperti memaafkan dengan ganti rugi berupa uang;
5. *Ishlah* antara kelompok yang berbuat aniaya dengan orang yang berbuat adil;
6. *Ishlah* untuk memutuskan suatu persengketaan yang terjadi dalam hak milik.⁷⁴

G.1. Ruang Lingkup Mediasi Pidana Dalam Hukum Islam

Dalam Hukum Islam Ruang Lingkup Mediasi bersumber dalam *al Mughni, Ibnu Qudamah* menjelaskan, bahwa hukum yang ditetapkan oleh *hakam* berlaku segala rupa perkara. Terkecuali dalam bidang *nikah, li'an, qadhaf* dan *qishas*. Dalam hal ini hanya penguasa yang memberi keputusan. Ibnu Farhun dalam *at-Thabsirah* mengatakan, bahwa putusan *hakam* itu berlaku dalam bidang harta dan tidak berlaku dalam bidang pidana, *li'an, qishas, qadhaf, talaq* atau menentukan keturunan.

Pihak-pihak yang *mentahkim* itu boleh menolak putusan *hakam*, sebelum *hakam* itu mengeluarkan putusannya. *Hakam* dipandang sebagai

⁷² Ensiklopedi Hukum Islam, Jakarta : PT Ichtar Baru Van Hoeve, 2003, hlm 1750.

⁷³ QS. Al-Hujurat : 10

⁷⁴ <http://www.pa-pekalongan.go.id>, op,cit

muqallid yang dituruti oleh kedua belah pihak. Karenanya mereka boleh memakzulkan (memecat) *muqalladnya* (pengikut), sebelum *muqalladnya* itu menjatuhkan putusan. Tetapi apabila *muqaladnya* itu sudah menjatuhkan putusan itu, maka putusannya itu berlaku dan tidak dapat dibatalkan. Sebagian ulama' berpendapat bahwa tidak perlu adanya kerelaan dari belah pihak sampai pada ketika melaksanakan hukum. Apabila keduanya telah mengemukakan keterangan mereka masing-masing pada seorang hakim kemudian salah seorang ingin menarik kembali *mentahkimnya* sebelum memutuskan hukum maka *hakam* itu dapat terus memutuskan hukum dan sah hukumnya.

Menurut pendapat Sahnun, masing-masing pihak dapat menarik *pentahkimnya* selama belum ada putusan. Menurut pendapat yang rajah dalam Madhab Maliki tidak disarankan untuk diberikan hukumannya tetapi apabila masing-masing menarik *pentahkimnya* sebelum hukum ditetapkan, maka penarikan itu dibenarkan dan tidak dapat lagi *hakam* memutuskan perkara tersebut.⁷⁵ *Hakam* dalam hal ini adalah sebagai penengah, pemisah, perantara.⁷⁶ *Hakam* juga diartikan juru damai, yakni seseorang yang dikirim oleh suami istri apabila terjadi perselisihan antara keduanya, tanpa diketahui keadaan siapa yang benar dan siapa salah diantara kedua suami istri tersebut. *Hakam* atau mediator hanya dijumpai dalam bab munakahah (perkawinan)

⁷⁵ *Ibid*

⁷⁶ Pius A Partanto Dan M. Dhalan Al-barry, Kamus Ilmiah Populer, (Surabaya:arkola 2001), hlm 211

tentang sengketa *syiqaq*, di mana menjadi sangat penting ketika terjadi konflik antara suami dengan istri.

Istilah *hakam* di dalam al-Qur'an dimuat sebanyak tiga kali pada surat yang berbeda, yakni surat Al-an'am ayat 114, surat Al-Mu'minun ayat 48, dan surat An-Nisa ayat 35. Pada surat Al-An'am ayat 114 kata *hakam* yang dimaksud adalah hakim/*qadhi* (seseorang yang memutuskan perkara). Pada surat Mu'minun ayat 48 *hakam* mempunyai pengertian menetapkan, yakni Allah SWT telah menetapkan atau mentakdirkan keputusan-keputusan hamba-Nya.

Sedangkan pada surat An-nisa ayat 35, *hakam* dimaksud adalah juru damai atau mediator, yakni seseorang yang profesional dan mampu dalam mendamaikan antara dua orang atau kelompok. Dalam al-Qur'an surat An-nisa ayat 35, memerintahkan *hakam* atau *fil amar* (kata kerja perintah). Menurut Imam Syafi'i sebagai mana dikutip oleh Wahbah Al-Zahaily menunjukkan bahwa perintah tersebut adalah wajib, karena untuk menghilangkan kedholiman. Kedholiman dimaksud dapat disebabkan oleh pihak suami maupun istri⁷⁷ dalam berumah tangga.

*Hakam*⁷⁸ boleh mendengarkan keterangan saksi dan dapat pula memutuskan perkara dengan *nukul*, juga dengan *ikrar*, karena semua itu adalah hukum yang sesuai dengan syara'. Apabila pihak yang dikalahkan

⁷⁷ Muhammad Saifullah, *Mediasi Dalam Tinjauan Hukum Islam dan Hukum Positif Di Indonesia*, cet I. (Semarang: Walisongo Pres, 2009), hlm 14-15

⁷⁸ Hakam dalam pengertian diatas ialah sebagai juru pendamai.

mengingkari adanya *ikrar* padahal keterangan cukup, kemudian dia mengajukan perkaranya kepada hakim, maka hakim boleh menerima apa yang telah ditetapkan oleh *hakam* selama orang yang berperkara itu masih dalam *mentahkimkan* diri kepadanya, sesudah *hakam* tidak berhak lagi memutuskan perkara, oleh hakim tidak harus didengar perkataan *hakam* itu.⁷⁹

Proses penyelesaian dengan mediasi melalui pihak ketiga yang dikenal dengan *hakam* didasarkan pada Al-Quran surat an-Nisa' ayat 35 yang artinya ;

“Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya, Maka kirimlah seorang hakam dari keluarga laki-laki dan seorang hakam dari keluarga perempuan. jika kedua orang hakam itu bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami-isteri itu. Sesungguhnya Allah Maha mengetahui lagi Maha Mengenal.”

Ayat ini menganjurkan adanya pihak ketiga atau mediator yang dapat membantu pihak suami istri dalam mencari jalan penyelesaian sengketa keluarga mereka. Pihak ketiga ini terdiri dari atas wakil dari pihak suami dan pihak istri yang akan bertindak sebagai mediator. Pertanyaan yang muncul adalah mestikah pihak ketiga atau mediator berasal dari kedua belah pihak suami dan istri atau dapat berasal dari luar pihak keluarga suami istri. Dalam kaitan ini para ulama berbeda pendapat.

Imam Syahadud din Mahmud al- Alusi (1217-1270), mengatakan bahwa pihak ketiga boleh saja berasal dari luar keluarga kedua belah pihak, bilamana dianggap lebih maslahat dan membawa kerukunan rumah tangga.

⁷⁹ Syahril abbas, Mediasi..Opcit hlm.187

Dalam pandangan Syihahudin, hubungan kekerabatan tidak merupakan syarat sah untuk menjadi *hakam* dalam penyelesaian sengketa *syiqaq*. Tujuan pengutusan pihak ketiga atau mediator untuk mencari jalan keluar dari kemelut rumah tangga yang dihadapi oleh pasangan suami istri, hal ini dapat saja tercapai sekalipun mediator bukan dari keluarga kedua belah pihak.⁸⁰

Meskipun demikian, dalam pandangan Syahabuddin, keluarga dekat atas dasar dugaan kuat, lebih mengetahui seluk beluk rumah tangga serta pribadi masing-masing suami dan istri, sehingga mengutus *hakam* (mediator) dari kedua belah pihak lebih diutamakan sebagaimana ditegaskan dalam al-Qur'an yaitu mengutus *hakam* dari pihak suami dan pihak istri, karena kedua belah pihak lebih atau keadaan keluarga suami istri secara mendalam dan mendekati kebenaran, Keluarga kedua belah pihak adalah orang-orang yang sangat menginginkan tercapainya kedamaian dan kebahagiaan kedua suami istri. Merekalah yang lebih dipercaya suami istri akan lebih leluasa untuk berterus terang mengungkapkan isi hati masing-masing.⁸¹

Penyelesaian mediasi juga terkandung dalam Qs. An Nisa (4) : 128:

“Dan jika seorang wanita khawatir akan nushush atau sikap tidak acuh dari suaminya, Maka tidak Mengapa bagi keduanya mengadakan perdamaian yang sebenar-benarnya, dan perdamaian itu lebih baik (bagi mereka) walaupun manusia itu menurut tabiatnya kikir. dan jika kamu bergaul dengan isterimu secara baik dan memelihara dirimu (dari nushush dan sikap tak acuh), Maka Sesungguhnya Allah adalah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan.”⁸²

⁸⁰ Syahrizal Abbas, *op,cit.* Hlm : 186

⁸¹ *Ibid*

⁸² Qs. An Nisa (4) : 128

Jika di lihat dari terjemahan dalam ayat tersebut maka dapat dijelaskan bahwa, adanya perdamaian terpadu yang dimaksudkan adalah perdamaian dengan syarat yang dapat diterima oleh kedua belah pihak (suami atau istri), misalnya pihak istri mau mengalah dan bersedia mengorbankan sebagian haknya seperti nafkah dan giliran, asal suaminya bersedia hidup rukun, kalau kerukunan itu masih dapat dipertahankan, atau ia rela mengambil sebagian atau semua mahar dan cinderamata perceraian, atau suaminya bersedia menceraikannya. Ia mengambil keputusan demikian, karena menurut pandangannya ada kebaikan dalam perceraian itu dari pada selalu ada ketidakcocokan sehingga menimbulkan pertengkaran berlarut-larut karena suaminya. Itupun kalau kerukunan itu memang tidak dapat dipertahankan.⁸³

Mediasi juga terkandung dalam al-Qur'an Surat Al-Hujurat ayat 9 dan 10. Dalam kandungan QS. Al Hujurat ayat 9:

*"Dan kalau ada dua golongan dari mereka yang beriman itu berperang hendaklah kamu damaikan antara keduanya! tapi kalau yang satu melanggar perjanjian terhadap yang lain, hendaklah yang melanggar perjanjian itu kamu perangi sampai surut kembali pada perintah Allah. kalau dia Telah surut, damaikanlah antara keduanya menurut keadilan, dan hendaklah kamu berlaku adil; Sesungguhnya Allah mencintai orang-orang yang berlaku adil."*⁸⁴

Menurut Imam Bukhari dan Muslim diriwayatkan dari Anas bahwa suatu ketika Rasulullah mengendarai keledainya menemui Abdullah Ubay bin Abdullah bin Ubay lantas berkata: "menjauhlah dari saya karena bau keledai Rasulullah ini lebih wangi darimu."⁸⁵

⁸³ Bachtiar Surin, Az-Zikra "Terjemah dan Tafsir Al-Quran, QS An Nisa ayat (128)

⁸⁴ QS Al-Hujurat ayat (9 dan 10)

⁸⁵ Jalaludin As Suyuti, 2008:56 526).

Akibatnya pertengkaran antara kedua kelompok tersebut tidak bisa dihindari sehingga mereka saling pukul dengan menggunakan pelepah kurma, tangan, dan terompah. Tidak lama berselang turunlah ayat tersebut.⁸⁶

Sedangkan dalam Q.S Al-Hujurat ayat 10 :

“Orang-orang beriman itu sesungguhnya bersaudara, sebab itu damaikanlah (perbaiki Hubungan) antara kedua saudaramu itu dan takutlah terhadap Allah SWT, supaya kamu mendapat rahmat”

Ayat diatas mengisyaratkan dengan sangat jelas bahwa persatuan dan kesatuan, serta hubungan harmonitas antar anggota masyarakat kecil atau besar, akan melahirkan limpahan rahmat bagi mereka semua. sebaliknya, perpecahan dan keretakan hubungan mengandung lahirnya pertumpahan darah dan perang saudara sebagaimana dipahami dari kata *qital* yang puncaknya adalah peperangan.⁸⁷ Dalam penafsiran lain menjelaskan bahwa orang-orang mukmin berorientasi kepada satu dasar dalam persaudaraan, yaitu Iman. Karena itu kalau mereka bertengkar, damaikanlah saudara seAgamamu itu sama seperti kamu mendamaikan antara saudara keturunanmu.⁸⁸

Disamping ayat-ayat yang menunjuk pada kasus mediasi untuk mendamaikan para pihak yang terlibat sengketa, juga terdapat hadits yang berbicara dalam kasus yang sama, seperti telah terjadi *tahkim* dikalangan para sahabat dan tidak ada yang mempersoalkan dan tidak ada pula sahabat yang menentanginya. Contoh *ijma* yang melandasi *tahkim* adalah peristiwa yang terjadi antara Umar bin al-Khattab dan seorang penjual kuda.

⁸⁶ HR. Imam Bukhari dan Muslim melalui Anas bin Malik.

⁸⁷ *Ibid*,

⁸⁸ Bachtiar Surin, *Op,cit*

Ketika itu Umar ingin membeli kuda yang ditawarkan dan Umar mencoba kuda tersebut. Pada waktu ditunggangi kaki kuda tersebut patah lalu Umar bermaksud untuk mengembalikan kuda tersebut kepada pemiliknya, tetapi pemiliknya menolak. Kemudian Umar berkata: "Tunjukkan seseorang untuk menjadi *hakam* yang akan bertindak sebagai penengah di antara kita berdua".

Pemilik kuda berkata: "Aku setuju Syuraih al-Iraqy untuk menjadi *hakam*". Kemudian mereka berdua bertahkim kepada Syuraih dan Syuraih menyatakan kepada Umar: "Ambillah apa yang telah kamu beli atau kembalikan seperti keadaan semula (tanpa cacat)." Maksudnya, Umar harus membayar harga kuda tersebut. Cara penyelesaian perselisihan semacam ini tidak ada yang membantahnya.⁸⁹

‘Umar bin Khatob r.a. dalam pendapatnya juga menjelaskan sebagai berikut:

“Kembalikanlah penyelesaian perkara, di antara sanak keluarga sehingga mereka dapat mengadakan perdamaian, karena sesungguhnya penyelesaian pengadilan itu menimbulkan rasa tidak enak”.⁹⁰

Dalam terminologi Hukum Islam pengertian lain dari mediasi juga bisa disebut *ash-shulhu* dalam tatanan ilmu *fiqih*. Yang salah satu akad berupa perjanjian diantaranya dua orang yang berselisih atau berperkara untuk menyelesaikan perselisihan diantaranya keduanya. Dibawah ini adalah terkait dengan rukun *shulhu* diantaranya:

⁸⁹ http://www.fahmina.or.id/pbl/dfp_indo/husein_muhammad_alquran.pdf. akses 12 desember 2016

⁹⁰ Muhammad Salam Madkur, Peradilan dalam Islam, terj. Imron AM, dari kitab al-Qada' fi al-Islam, hlm70

a. Rukun *Shulhu*

Adapun yang menjadi rukun perdamaian adalah:

1. *Mushalih*, yaitu masing-masing pihak yang melakukan akad perdamaian untuk menghilangkan permusuhan atau sengketa.
2. *Mushalih'anhu*, yaitu persoalan-persoalan yang diperselisihkan atau disengketakan.
3. *Mushalih'alaih*, ialah hal-hal yang dilakukan oleh salah satu pihak terhadap lawannya untuk memutuskan perselisihan. Hal ini disebut juga dengan istilah *badal al-shulh*.
4. *Shigat ijab* dan *Kabul* di antara dua pihak yang melakukan akad perdamaian. Ijab kabul dapat dilakukan dengan lafadz atau dengan apa saja yang menunjukkan adanya ijab Kabul yang menimbulkan perdamaian, seperti perkataan: “Aku berdamai denganmu, kubayar utangku padamu yang lima puluh dengan seratus” dan pihak lain menjawab “Telah aku terima”.

Adapun rukun *shulhu* (perdamaian) adalah *mushalih*, *Mushalih'anhu* dan *Shigat ijab Kabul* antara kedua belah pihak yang melakukan akad perdamaian. Apabila rukun tersebut telah terpenuhi maka perdamaian di antara pihak-pihak yang bersengketa telah berlangsung. Dengan sendirinya dari perjanjian itu lahirlah suatu ikatan hukum, yang masing-masing pihak untuk memenuhi/menunaikan pasal-pasal perjanjian perdamaian.⁹¹

⁹¹ Blog. Albulumam Albantani. Hukum Islam “Mediasi dalam penyelesaian perkara”. Upload, 12 Mei 2010. Akses. Desember 2017

b. Macam-macam *Shulhu*

Secara garis besar *ash-shulhu* terbagi atas empat macam, yaitu.⁹²

1. Perdamaian antara kaum muslimin dengan masyarakat non muslim, yaitu membuat perjanjian untuk meletakkan senjata dalam masa tertentu (dewasa ini dikenal dengan istilah gencatan senjata), secara bebas atau dengan jalan mengganti kerugian yang diatur dalam Undang-undang yang disepakati dua belah pihak.
2. Perdamaian antara penguasa (imam) dengan pemberontak, yakni membuat perjanjian-perjanjian atau peraturan-peraturan mengenai keamanan dalam Negara yang harus ditaati, lengkapnya dapat dilihat dalam pembahasan khusus tentang *bughat*.
3. Perdamaian antara suami dan istri dalam sebuah keluarga, yaitu membuat perjanjian dan aturan-aturan pembagian nafkah, masalah durhaka, serta dalam masalah menyerahkan haknya kepada suaminya manakala terjadi perselisihan.
4. Perdamaian antara para pihak yang melakukan transaksi (perdamaian dalam mu'amalat), yaitu membentuk perdamaian dalam masalah yang ada kaitannya dengan perselisihan-perselisihan yang terjadi dalam masalah mu'amalat.

⁹² Pembelajaran Fiqih, <http://azizpwd.wordpress.com/2010/05/31/wakalah-dan-shulhu>, Akses Desember 2017

c. Hikmah dalam Konsep *Shulhu*

Dalam menyelesaikan berbagai masalah yang terjadi antara umat manusia, Islam telah memberikan beberapa konsep dasar untuk membantu menyelesaikan sengketa yang terjadi. Penyelesaian masalah ini dapat melalui *shulhu* (perdamaian).

Imam Ash-Shan'ani menerangkan hadits diatas dengan berkata :

“Para ulama telah membagi ash-shulhu (perdamaian) menjadi beberapa macam; perdamaian antara muslim dan kafir, perdamaian antara suami isteri, perdamaian antara kelompok yang bughat dan kelompok yang adil, perdamaian antara dua orang yang bertahkim kepada qadhi (hakim), perdamaian dalam masalah tindak pelukaan seperti pemberian maaf untuk sanksi harta yang mestinya diberikan, dan perdamaian untuk memberikan sejumlah harta kepada lawan sengketa jika terjadi pada harta milik bersama (amlaak) dan hak-hak.

Pembagian inilah yang dimaksud di sini, yakni pembagian yang disebut oleh para fuqoha pada bab ash-shulhu (perdamaian).” (Imam Ash-Shan'ani, Subulus Salam, 4/247).

Secara ringkas hikmah *ash-shulhu* dapat mengakibatkan penyelesaian suatu masalah dengan jalan yang sama-sama adil bagi kedua belah pihak dan tetap berada di jalan Allah SWT serta syariat Islam. Serta melindungi seorang muslim dari penyakit hati terutama iri dan dengki juga menghindari seseorang dari sikap curiga terhadap lawannya dalam suatu sengketa atau masalah.

G.2. Prinsip-Prinsip Perdamaian (*Ishlah*) dalam Hukum Pidana Islam

Ishlah dalam Islam merupakan satu konsep utuh dalam penyelesaian suatu perkara. Secara mendasar prinsip-prinsip yang harus ada dalam proses *ishlah* antara lain adalah pertama, pengungkapan kebenaran,

kedua, adanya para pihak yang meliputi pihak yang berkonflik yang dalam hal kejahatan harus ada korban dan pelaku, sedangkan pihak yang lain adalah mediator. Yang ketiga, islah merupakan proses sukarela tanpa paksaan, dan keempat adalah keseimbangan hak dan kewajiban.⁹³ penulis mencoba membaginya sebagai berikut;

a. Pengungkapan Kebenaran

Konflik terjadi karena kurangnya informasi atau perbedaan informasi yang didapatkan oleh beberapa pihak. Bermula dari sinilah kemudian terjadi kesalahpahaman dan dalam bertindak tidak didasarkan fakta yang benar-benar terjadi. Pengungkapan kebenaran merupakan satu prinsip yang tidak dapat ditinggalkan. Dalam surat Al-Hujurat ayat 6, yang merupakan satu rangkaian dengan masalah konflik dan *ishlah*, menyatakan dengan jelas bagaimana pentingnya suatu kebenaran harus diungkap agar tidak melakukan kedzaliman kepada kaum lain secara keliru.

“Hai orang-orang yang beriman, jika datang kepadamu orang fasik membawa suatu berita, maka periksalah dengan teliti agar kamu tidak menimpakan suatu musibah kepada suatu kaum tanpa mengetahui keadaannya yang menyebabkan kamu menyesal atas perbuatanmu itu.” (QS. Al-Hujurat:6).

⁹³ Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Penyelesaian Pelanggaran HAM Berat In Court System & Out Court System*, Jakarta : Gratama Publishing, 2011. Hlm 301

Ayat tersebut di atas bukan hanya kewajiban untuk mendapatkan informasi yang benar, tetapi juga mengandung satu pesan kewaspadaan kepada para pihak untuk tidak mudah terprovokasi hanya karena informasi yang belum jelas kebenarannya, sehingga pengungkapan kebenaran sangat penting dan mutlak dalam menyelesaikan suatu konflik. *Ishlah* merupakan satu proses perdamaian dimana peran informasi yang benar sangat besar, yaitu dijadikan dasar untuk membuat satu kesepakatan oleh masing-masing pihak.⁹⁴

b. Para Pihak dalam *Ishlah*

Para pihak dalam *ishlah* atau perdamaian dapat diketahui dari ayat Al- Qur'an sebagai berikut :

“Dan kalau ada dua golongan dari mereka yang beriman itu berperang hendaklah kamu damaikan antara keduanya! Tapi kalau yang satu melanggar perjanjian terhadap yang lain, hendaklah yang melanggar perjanjian itu kamu perangi sampai surut kembali pada perintah Allah. Kalau dia telah surut, damaikanlah antara keduanya menurut keadilan, dan hendaklah kamu berlaku adil; sesungguhnya Allah mencintai orang yang berlaku adil” (QS. Al-Hujurat:9)

Ayat di atas mengandung perintah kepada pihak ketiga untuk mendamaikan para pihak yang sedang berselisih. Selain itu juga perintah untuk melakukan penegakan dari hasil kesepakatan perdamaian, yaitu dengan memerangi pihak yang melanggar kesepakatan damai tersebut. Berdasarkan pemaknaan tersebut, maka ada dua pihak yang dapat diidentifikasi dalam sebuah proses *ishlah*, yaitu dua atau lebih pihak yang berselisih,

⁹⁴ *Ibid*, hlm 302

dan satu pihak sebagai mediator atau mushlih (orang yang mendamaikan). Namun, bila melihat konteks surat Al-Hujurat Ayat 9 yang mengandung perintah kepada pihak ketiga, maka pada dasarnya mediator sangat penting, bahkan ketika berposisi sebagai pihak ketiga, menurut ayat tersebut, hukumnya wajib untuk mendamaikan.⁹⁵

c. Para Pihak yang Berkonflik

Islam mengatur bahwa perdamaian hanya dapat dilakukan oleh para pihak yang benar-benar memiliki kepentingan di dalamnya, para pihak yang benar-benar memiliki kepentingan di dalamnya, dalam hal terjadinya kejahatan, yaitu antara pihak-pihak pelaku dan korban. Pelaku dan korban dalam proses perdamaian ini menjadi mutlak adanya. Hal ini dikarenakan ishlah adalah satu proses kesepakatan antar pihak untuk mendapatkan satu kesepahaman sehingga tidak lagi terjadi konflik berkepanjangan. Oleh karena itulah, adanya korban dan pelaku adalah mutlak. Keberadaan pelaku dan korban secara rinci juga ada syarat dan ketentuan khusus sebagai berikut :

- Korban

Korban dalam konteks hukum Islam adalah korban secara langsung, yaitu orang yang mendapat perlakuan kejahatan dari pelaku dan menderita kerugian. Hal ini jelas ditarrangkan dalam Al-Qur'an surat Al-Maidah: 45;

⁹⁵ *Ibid*, hlm 303

“Dan kami telah tetapkan terhadap ereka di dalamnya (At Taurat) bahwasannya jiwa (dibalas) dengan jiwa, mata dengan mata, hidung dengan hidung, telinga dengan telinga, gigi dengan gigi, dan luka-luka (pun) ada kisasnya.

Barangsiapa yang melepaskan (hak kisas) nya, maka melepaskan hak itu (menjadi) penebus dosa baginya”.

Dalam ayat tersebut jelas, bahwa orang yang menderita secara langsung itulah yang memiliki hak untuk menuntut atau tidak. Ketika kejahatan yang terjadi berupa pembunuhan, maka korban yang paling dekat yaitu ahli warislah yang memiliki hak untuk melakukan *ishlah*. Pendapat ini dikuatkan dengan hadis yang diriwayatkan oleh Ibnu Majah, “Barang siapa yang membunuh orang lain dengan sengaja, maka ia harus membayar kompensasi kepada wali korban. “Ketentuan ini harus jelas karena *ishlah* merupakan hak, sehingga hanya orang yang benar-benar berhaklah yang dapat melakukan *ishlah* tersebut.

Sebagaimana definisi kejahatan *hudud* adalah kejahatan yang memiliki dampak dalam skala publik yang dinyatakan sebagai hak Allah. Dalam proses *ishlah*, hanya korban secara langsung lah yang memiliki hak untuk melakukan *ishlah*, karena korban dalam kerangka publik hanya memiliki hak mendapat kedamaian dan bebas dari rasa takut dan juga adanya jaminan keamanan. Dan bebas dari rasa takut dan juga adanya jaminan keamanan. Sedangkan *ishlah* berarti selesainya perkara dengan damai, yang artinya telah ada penginsafan baik dari pelaku maupun korban yang juga berdampak secara publik berupa hilangnya ketakutan adanya kejahatan tersebut,

dan berarti pula pulihnya kembali kedamaian dalam masyarakat. Selain sebagai korban langsung, korban yang dapat melakukan *ishlah* juga disyaratkan harus dalam keadaan dapat bertanggung jawab dalam perbuatannya, yaitu bahwa dia sudah dewasa, tidak dalam keadaan gila, atau dalam keadaan mabuk, atau dalam keadaan tertekan atau terpaksa.⁹⁶

- Pelaku

Pelaku dalam *ishlah* harus pelaku yang bertanggung jawab secara pribadi dalam kejahatan yang telah dilakukannya, yaitu orang yang jika tidak ada *ishlah* maka dialah yang akan mendapat hukuman sesuai ketentuan. Dalam *ishlah* tidak diperkenankan ada perwakilan bagi pelaku oleh pihak lain. Pelaku sebagai pihak dalam *ishlah* ini adalah orang yang telah jelas sebagai pelaku kejahatan yang menyebabkan kerugian pada pihak korban, yang berarti pula harus ada pembuktian atau pengungkapan kebenaran terlebih dahulu untuk menentukan pelaku yang sebenarnya. Selain ketentuan perlu adanya pengungkapan pelaku sebenarnya, juga tersirat dengan jelas bahwa pelaku yang dapat menjadi pihak dalam *ishlah* adalah yang dapat mempertanggungjawabkan perbuatan kejahatannya tersebut. Dengan kata lain, dia bukan seorang anak yang belum *baligh*, tidak dalam keadaan mabuk, gila atau terpaksa (cakap hukum).

⁹⁶ Ahmad Djazuli, *Fiqh Jinayah*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta 2000, hal. 168.

d. Mediator

Dasar yang paling tepat untuk melandasi hal ini adalah sebagaimana yang dipaparkan dalam Al-Qur'an bahwa Allah memerintahkan untuk mendamaikan sebagaimana dalam surat Al-Hujurat ayat 9. Perselisihan dalam ayat tersebut dapat dimaknai secara luas, bahwa dalam setiap perkara atau perselisihan harus ada pihak yang menengahi sebagai hakim. Begitu juga dalam *ishlah*, untuk menjembatani kepentingan korban dan pelaku dalam proses *ishlah* dapat diadakan mediator. Bahkan jika dikaji lebih jauh, maka hukum adanya mediator mendekati wajib, karena secara langsung diperintahkan dalam bentuk amar. Mediator disini adalah pihak yang secara independen tanpa memihak kedua belah pihak untuk membantu penyelesaian sengketa secara aktif.

Dalam proses *ishlah* tidak mendapat porsi pembahasan yang jelas, tidak ada yang mengharuskan dan tidak ada pula yang melarang, sehingga posisi mediator dalam proses *ishlah* dapat dikatakan kondisional. Jika dalam proses *ishlah* diawatirkan akan terjadi hal-hal yang tidak diinginkan, seperti adanya tekanan-tekanan baik itu dari pelaku maupun korban, maka mediator menjadi suatu yang penting. Jadi ada tidaknya mediator ditentukan berdasar asas *mashlahah*.⁹⁷

⁹⁷ Adi Sulityono, *Mengembangkan Paradigma NonLitigasi di Indonesia*, Surakarta: UNS Press, 2006, hlm 401.

Berdasarkan uraian di atas, mediator dalam pelaksanaan perdamaian sesungguhnya tidak dibatasi oleh satu lembaga atau per orang, melainkan siapa saja dan lembaga apa saja dapat menjadi mediator, tentunya dengan ketentuan- ketentuan seperti tidak memihak kepada salah satu pihak yang berselisih. Keberadaan hakim adalah dapat sebagai mediator atau hanya sebatas legitimator hasil kesepakatan agar pelaksanaan hasil kesepakatan dapat dipaksakan atau *executable*. Dengan demikian mediator dalam *ishlah* adalah dapat dilakukan siapa pun dan bahkan tidak menutup kemungkinan bagi pengadilan atau penguasa.

e. *Ishlah* Merupakan Proses Timbal Balik

Prinsip ini merupakan satu kemutlakan, karena akan menentukan keabsahan dari proses *ishlah* itu sendiri. *Ishlah* merupakan kesepakatan dua belah pihak tanpa paksaan, tapi bukan berarti inisiatif untuk melakukan silah harus dari kedua belah pihak. Inisiatif dapat muncul dari salah satu pihak dan dapat juga dari pihak ketiga yang berusaha meng-*ishlahkan*. Yang jelas, ketika sudah dalam forum *ishlah*, maka sifatnya sudah suka rela dan tanpa paksaan. Adapun dasar lain mengenai inisiatif melakukan *ishlah*, yaitu pada ayat sebagai berikut:

“Maka bagaimanakah halnya apabila mereka (orang-orang munafik) ditimpa sesuatu musibah disebabkan perbuatan tangan mereka sendiri, kemudian mereka datang kepadamu sambil bersumpah: “Demi Allah, kami sekali-kali tidak menghendaki selain penyelesaian yang baik dan perdamaian yang sempurna”. (QS. An-Nisa : 62).

“Mereka itu adalah orang-orang yang Allah mengetahui apa yang di dalam hati mereka. Karena itu berpalinglahkamu dari mereka, dan berilah mereka pelajaran, dan katakanlah kepada mereka perkataan yang berbekas pada jiwa mereka.” (QS. An-Nisa: 63).

Berdasarkan pada dua ayat tersebut di atas, jelas bahwa proses perdamaian dapat diinisiatifkan oleh siapa pun, apakah dari korban, pelaku ataukah pihak ketiga. Dalam implementasinya, proses ini dapat ditolak oleh salah satu pihak sehingga ketika sudah menerima proses *ishlah* atau perdamaian ini, benar-benar merupakan pilihan bebasnya, tidak ada paksaan dan tekanan.

f. Keseimbangan Hak dan Kewajiban dalam Islam

Ishlah merupakan proses mencari penyelesaian antara dua pihak yang didalamnya terdapat muatan hak dan kewajiban yang seimbang. Dalam surat Al- Hujurat ayat 9, jelas dinyatakan bahwa *ishlah* harus diselesaikan atau dilaksanakan dengan adil, dalam arti kesepakatan yang diambil bersama tidak merugikan salah satu pihak. Ini menunjukkan bahwa dalam *ishlah* konsistensi keseimbangan para pihak sangat penting eksistensinya. Karena sifatnya konflik, maka masing-masing memiliki versi kebenaran sehingga *ishlah* akan menyatukan pandangan mereka dalam satu kerangka bersama sehingga dapat selesai tidak berkepanjangan.

Dalam hal suatu kejahatan dilakukan *ishlah* dengan cara kesepakatan pemaafan, maka harus ada proporsionalitas antara hak dan kewajiban yang harus dijalankan. Menurut Quraish Shihab, adanya aturan mengenai pemaafan adalah keringanan dari Tuhan agar tidak timbul dendam atau pembunuhan beruntun, dan hal ini juga merupakan rahmat dari Allah bagi keluarga korban atau pelaku sekaligus. Bagi korban dilarang menuntut berlebih yang di luar kemampuan pelaku, pelaku pun dilarang menunda-nunda pembayaran ganti rugi atau mengurangi dari ganti rugi atau tebusan yang telah ditetapkan.

Islam mengingatkan bahwa dalam konteks masyarakat, dalam menyelesaikan suatu persoalan yang timbul dalam masyarakat hendaknya dengan konsep keadilan sosial juga, yaitu dengan meletakkan suatu pada tempatnya, artinya menggunakan asas proporsionalitas. Memaafkan yang bersalah dan memberikan bantuan kepada pemalas, disebut sebagai menggoyahkan sendi-sendi kehidupan masyarakat, karena hal itu sudah melebihi keadilan sosial itu.⁹⁸ Relevansinya dalam pembahasan ini adalah bahwa maaf tidak begitu saja dapat dijadikan satu metode *ishlah*, harus sangat selektif agar tidak melampaui nilai keadilan yang itu menggoyahkan sendi kemasyarakatan, dan hanya akan kontraproduktif terhadap pencapaian perdamaian itu sendiri.

⁹⁸ M. Quraish Shihab, *Wawasan Al-Qur'an Tafsir Maudhu'i Atas Pelbagai Persoalan Umat*, Bandung: Mizan Cet.XI, hal 124-127.

Dalam hukum pidana Islam memberikan satu solusi dua arah yang seimbang dalam hal *ishlah*, dengan satu tujuan perdamaian yang sejati, yaitu hilangnya beban dosa bagi pelaku, dan hilangnya rasa derita dan dendam korban. *Ishlah* merupakan perintah dari Allah yang harus diusahakan secara adil sebagai rahmat dari Allah SWT, yang mencintai perdamaian.

H. Konsep *Al-'Afwu 'Anil Uqubbah*

Dalam Islam aturan hidup telah ditetapkan melalui sumber hukum yang mutlak, yaitu Al-Qur'an sebagai sumber hukum pertama, As-Sunnah sebagai sumber hukum kedua, ijma ulama (konsensus) sebagai sumber hukum ketiga dan qiyas (analogi hukum) sebagai hukum keempat. Sumber-sumber hukum Islam tadi merupakan hirarki dalam sistem Hukum Islam.

Sedangkan menurut Prof.Dr. Hasby Ash-Shiddieqy, bahwa hukum dan Islam mempunyai beberapa maziyah keistimewaan dan beberapa mahsanah keindahan yang menyebabkan hukum Islam menjadi hukum yang paling kaya, dan paling dapat memenuhi hajat masyarakat. Dalam kaitan dengan hukum Islam mengenai sumber-sumber hukum yang formil, apabila dipandang dari hukum al-Qur'an maka berlakunya dalam masyarakat dengan kekuatan mengikatnya, bukanlah semata-mata di pandang dari segi penetapannya, baik dalam arti materil maupun dalam arti formil, serta penggunaannya saja,

tetapi harus juga di pandang apakah undang-undang itu dan peraturan-peraturan itu tidak bertentangan dengan perintah dan larangan dari pada norma-norma Al-Qur'an, karena seperti kita ketahui Al-quran itu sebagai batu penguji segala undang- undang dan peraturan.⁹⁹

Konsep mediasi pidana dikatakan banyak terjadi kemiripan dengan *al'afwu*, bahkan ada beberapa ulama yang menyamakan antara ishlah dan *al'afwu*. Namun, ketika menyimak pernyataan Shahrour mengenai sinonimitas dalam Al-Qur'an, sejatinya tidak ada sinonimitas dalam Al-Qur'an. Anggapan adanya sinonimitas dalam Al- Qur'an akan memberi kemungkinan penggantian firman Allah dalam Kitab-Nya yang mulia dan anggapan adanya tambahan-tambahan di dalamnya, di mana pengabaianya tidak akan merubah atau menambah kandungan maknanya sedikitpun, dan terhadap hal ini sangat tidak mungkin terjadi bagi Allah SWT yang maha suci.¹⁰⁰ Meski istilah-istilah pemaafan dalam hukum pidana Islam tidak banyak dirumuskan oleh 'ulama' ahli fiqh, namun tetap ada penjelasan istilah pengampunan tersebut, dengan maksud untuk mengetahui batasan dan jenis pengampunan yang dapat diberikan atas jarimah atau tindak pidana yang dilakukan.

⁹⁹ T.M. Hasby Ash-Shiddiqiey, "*Falsafah Hukum Islam*", Jakarta: Bulan Bintang, hlm 119

¹⁰⁰ Muhammad Shahrour, *Metodologi Fiqih Islam Kontemporer*, Judul Asli: Nahwu Usul, Jadidah Li al Fiqih al Islami, cet.I, penerbit ELSAQ Press, 2004. Hal 256-257.

Mengacu pada kajian etimologis di atas maka dapat kita tarik satu perbedaan secara makna bahasa antara *ishlah* dan *al'afwu*, yaitu bahwa *ishlah* adalah proses atau perdamaian itu sendiri, sedangkan *al'afwu* adalah memaafkan, yang dipersamakan dengan pengampunan. Kata *al-'afwu* (العفو) itu sendiri merupakan bentuk isim yang mendapat imbuhan kata *al* (ال) di depannya, atau disamakan dengan kata *'afwun* (عفو) dalam bentuk *masdar* nya, yang secara segi bahasa mengandung arti hilang, terhapus dan pemaafan. Sedangkan kata *al-'afwu* (العفو) menurut istilah sebagaimana yang didefinisikan oleh ulama' ahli *ushul* Abi al-Husain Ahmad bin Faris bin Zakariyya al-Razy adalah setiap pembuat dosa (pelaku kejahatan) yang seharusnya menjalani hukuman menjadi terhapuskan sebab telah mendapatkan pengampunan¹⁰¹.

Dalam konteks *jinayat* dan lebih khusus lagi persoalan pembunuhan, secara implisit menarik satu garis pembeda antara *al'afwu* dan *Shulh* dengan melihat arti mana inisiatif kompensasi itu muncul. Jikalau inisiatif pemberian kompensasi terhadap hukuman *qisas* tersebut berasal dari kedua belah pihak, maka itu dikatakan *Shulh* (perdamaian). Sedangkan jika inisiatif pemberian kompensasi itu hanya berasal dari satu pihak saja (tepatnya pihak korban), maka yang demikian itu masuk dalam kategori *al'afwu* (pemaafan).

¹⁰¹ Abi al-Husain Ahmad bin Faris bin Zakariyya al-Razy, *Mujmal al-Lughat*, (Beirut: Dar al-Fikr, 1414 H/ 1994 M), 472

Pembedaan antara *Shulh* dengan *al'afwu* tersebut dapat dikatakan hanya pada tataran konsep saja, sedangkan dalam praktek, sangat dimungkinkan terjadi persamaan teknis dalam pelaksanaan antara *Shulh* dan *al'afwu* sebagai satu metode penyelesaian suatu jarimah. Bahwa *Shulh* merupakan konsep perdamaian secara umum untuk masalah keluarga sampai pada masalah politik kenegaraan, dan mencakup pula dalam bidang hukum pidana dengan menekankan pada hasil kesepakatan bersama. Sedangkan *al'afwu* merupakan satu konsep penyelesaian perkara praktis berupa pemaafan dengan membebaskan pelaku dari tuntutan hukuman dengan konsekuensi korban memiliki pilihan untuk meminta diyat (kompensasi) atau tanpa kompensasi.¹⁰²

Disinilah sebenarnya aspek penting dalam hukum pidana Islam, yaitu aspek *restorative justice*. Saat ini, di dunia hukum Barat sering dikeluhkan bahwa hukuman yang dijatuhkan oleh hakim tidak berpihak pada korban atau tidak berorientasi pada pemenuhan hak-hak korban. Dalam hukuman terhadap pembunuhan atau penganiayaan misalnya, peran korban di ambil oleh negara (polisi, jaksa dan hakim). Korban seringkali tidak dipedulikan dalam system dan proses peradilan pidana. Hukuman yang di jatuhkan seringkali tidak sesuai dengan rasa keadilan korban dan tidak membawa manfaat apa-apa bagi korban dan keluarganya.

¹⁰² Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Penyelesaian Pelanggaran.....Op.cit*, Hal 290.

Dalam hukum pidana Islam berlaku hukum *qishash-diyat*, hukuman bagi pelakunya adalah setimpal sesuai perbuatannya (*qishash*) dan ini sesuai rasa keadilan korban. Tetapi, perbuatan memaafkan dan perdamaian dari korban / keluarganya dipandang sebagai suatu yang lebih baik. Pihak pelaku bisa dijatuhi sanksi *diyat* (yaitu sejumlah harta tertentu untuk korban dan keluarganya). Hal ini membawa kebaikan bagi kedua belah pihak dan tidak ada lagi dendam antara kedua pihak itu. Pihak korban mendapat perbaikan dari sanksi yang dijatuhkan, serta ada peranan korban dalam sistem dan proses peradilan pidana.

Shulh sendiri dalam Islam merupakan satu konsep utuh dalam penyelesaian suatu perkara. Secara mendasar prinsip-prinsip yang harus ada dalam proses ini antara lain adalah pertama, pengungkapan kebenaran, kedua, adanya para pihak yang meliputi pihak yang berkonflik yang dalam hal kejahatan harus ada korban dan pelaku, sedangkan pihak yang lain adalah mediator. Yang ketiga, *ishlah* merupakan proses sukarela tanpa paksaan, dan keempat adalah keseimbangan hak dan kewajiban. ¹⁰³

Sementara itu, Saamikh As Sayyid Jaad, sebagaimana dikutip oleh M. Abdul Kholiq. AF ¹⁰⁴, mengungkapkan enam syarat dalam proses *al ishlah*

¹⁰³ *Ibid*, hlm 301

¹⁰⁴ Enam Syarat yang diajukan oleh Saamikh Sayyid Jaad, yaitu: 1) pengampunan diberikan oleh pihak yang memang berhak, 2) pihak yang memberikan pengampunan harus cakap hukum (“aqil dan baligh), 3) pengampunan tidak boleh atas dasar paksaan, 4) pengampunan harus dengan kata-kata atau kalimat yang shorih (jelas), 5) pengampunan diikuti pemberian ganti rugi (*diyat*) oleh pelaku kepada korban atau whli warisnya, dan 6) pengampunan harus dilegitimasi oleh putusan pengadilan agar executable. Lihat dalam M. Abdul Kholiq, “Impunitas Kejahatan Masa

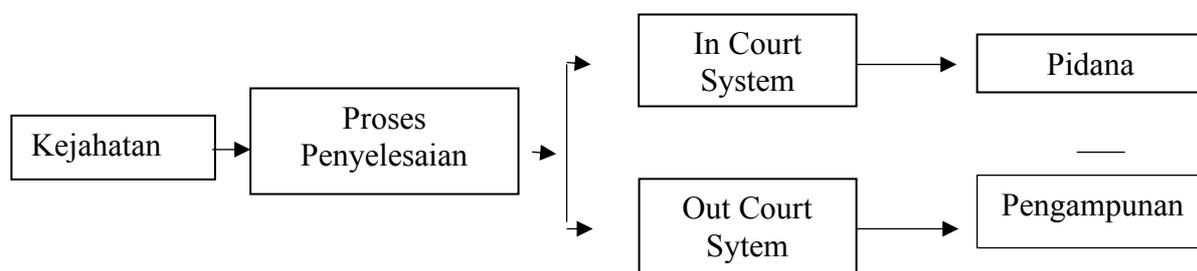
wal'afwu "anil "uqubah yang dalam masyarakat umum dikenal sebagai rekonsiliasi. Syarat yang terakhir adalah harus adanya legitimasi berupa putusan pengadilan agar *executable*. Dalam konteks penelitian yang penulis inginkan bahwa, peran dari *Al-'afwu "anil Uqubah* ini sebagai salah satu sarana penyelesaian tidan pidana tertentu yang nntinya dapat diklasifikasi dan menjadikan dasar legitimasi dalam pembaharuan hukum pidana kedepan.

Pemberian pengampunan dalam proses ini harus mengedepankan nilai sosiologis dari kedua belah pihak. Proses perdamaian dan penagmpunan memberikan dampak akibat hukum jika dilakukan. Dengan demikian pelaku dapat dinyakatan bebas dari hukum dan si korban mendapatkan restitusinya. Atau dalam kasus *Qisash Mustahik qishash* menuntutnya dengan adanya *diyat*, dan wajib untuk dibawakan atas persetujuan menurut Hanafiah dan Malikiyah, atau meskipun tanpa persetujuannya menurut Syafiiyah dan hanabilah. Apabila korban meberikan pengampunan, bak dari *qishash* maupun *Diyat*, pengampunan tersebut hukumnya sah, dan pelaku bebas dari Qishash dan diyat yang kedua-keduanya merupakan hak adami (individu). Akan tetapi, oleh Karena dalam qishsash itu terkandung da hak, yatu hak Allah (masyarakat) dan Hak manusia (individu), Penguasa (Negara) masih berwenang untuk menjatuhkan Hukumannya *Ta'zir*.

Silam (Sebuah telaah Menurut Perspektif Hukum Pidana Islam)", Pointer diskusi disampaikan pada forum diskusi Bedah Buku Berjudul Menolak Impunitas, diselenggarakan oleh LEM FH UII, pada tanggal 27 Februari 2006, hal 5. Sebagaimana dikutip dalam Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Op., Cit* hal. 307.

Pendapat ini dikemukakan oleh hanafiyah dan malikiyah. Hukumann *Ta'zir* menurut malikiyah adalah penjara selama satu tahun dan jilid (dera) sebanyak seratus kali. Akan tetapi menurut syafi'iyah, hanabilah, ishak dan Abu Tsaur Pelaku tidak perlu dikenakan hukuman *ta'zir*.¹⁰⁵

Penerapan lain dalam konsep pemaafan pidana sebenarnya pidana bisa juga diterapkan pada kasus *jarimah ta'zier* dengan syarat juga yakni berupa adanya aspek *direct victim* di dalamnya. *Al-afwu 'anil 'uqubah* (pemaafan dalam pidana) merupakan hal serupa tapi tidak sama dengan konsep *Rechtelijk Pardon* (kewenangan jalur pemaafan yang dilakukan oleh hakim), karena kewengannya pengampunan pidana dalam *Al-'afwu 'anil 'uqubah* ditujukan terhadap korban *jarimah*, sedangkan dalam konsep *Rechtelijk Pardon* ada pada seorang Hakim. *Al-'afwu 'anil 'uqubah* jika diperbandingkan dengan konsep hokum pidana barat sebenarnya cenderung bersinergi terhadap konsep Islam tentang *rekonsiliasi*, sebagai suatu media penyelesaian kejahatan yang bersifat *Out Cort System*, tetapi tetap dalam koridor / kerangka hukum.¹⁰⁶



¹⁰⁵ Ibn Rusyd Al-Qurtubi, *Bidayah Al-Mujtahid*, Juz II, Beirut: Dar Al-Fikr, hal 303. Sebagaimana dikutip dalam Ahmad Wardi Muslich, *Hukum Pidana Islam*, hal. 162

¹⁰⁶ Muhammad Abdul Kholiq AF, Kumpulan Materi Sistem Pidanaan Islam "*Pemaafan pidana*". Fak. Hukum . Universitas Islam Indonesia. Hlm 1

Jika kita telaah dalam Filosofi konsep *Al-'afwu' anil 'uqubah*, penjatuhan dan pelaksanaan pidana sesungguhnya hanya merupakan salah satu media atau cara untuk menyelesaikan berbagai problem kejahatan dengan berbagai macam orientasi tujuan (tujuan penjatuhan pidana). Secara konseptual atau Global tujuan dari pidana adalah

- a. *Dar'ul mafasid wa jalbu al mashalih* sebagai tujuan umum.
- b. Sedangkan tujuan khususnya ialah berupa :
 - *Arrodu wal jaza* (pembalasan dan pencegahan kejahatan)
 - *Atta'dibu wal Islakhu* (pengajaran atau pembinaan dan kebaikan hidup bersama).

Karena dalam proses perbaikan diri pelaku kejahatan yang tumbuh secara internal menjadi penekanan utama dalam pidanaan Islam, maka dalam pidanaan Islam tidak ada pola pidana yang *limitatif* atau berpola “antara” seperti yang terdapat dalam KUHP atau UU pidana lainnya di luar KUHP.¹⁰⁷ Orientasi tujuan *al-Islakhu* (perbaikan diri) mengandung makna bahwa dengan hukuman itu Islam ingin membentuk suatu masyarakat yang baik yang dilandasi rasa saling menghormati dan mencintai di antara sesama anggota masyarakat, namun dengan tetap menyadari batas-batas hak dan kewajiban.

¹⁰⁷ *Ibid*, hlm 4

Upaya perwujudan dalam tujuan-tujuan pidana *Arrodu wal jaza* dan *Atta'dibu wal Islakhu* adalah bersifat untuh (integral) bahwa pidana Islam tidak mesti harus berat atau ringan, tetapi yang penting *predictable* dapat mewujudkan tujuan-tujuan tersebut. Dengan kata lain, dapat kita simpulkan :

1. *Roddul mafshadah bil'uqubah* (mencegah kerusakan dengan hukuman)
2. *Wujudul adalah bil'uqubah* (adanya suatu keadilan dengan hukuman)
3. *Wujudul mashlahah bil'uqubah* (mewujudkan kemaslahatan dengan hukuman)

Dengan terwujudnya berbagai orientasi tujuan pidana di atas jika diterapkan melalui media lain (non penal), maka konsep *Al-'afwu* merupakan *is justified* atau dalam kata lain sanbat tepat untuk diterapkan. Dalam kaitkan dalam *al-mas'uliyah fi-tasyri'i al-jina'i* terkait kekerasan seksual yang terjadi dalam ranah tangga yang dengan konsep pemaafan pidana (*al-'afwu 'anil 'uqubah*) dengan memberikan restitusi kepada korban dalam konsep *tahkim* atau mediasi pidana dirasa sudah mewakili konsep pemaafan dengan mengambil nilai-nilai kemaslahtan yaitu *dar'ul mafasid muqoddam 'ala jalbi al-mashalih*. Suatu kejahatan jika dilakukan mediasi pidana dengan cara kesepakatan pemaafan, maka harus ada proporsionalitas antara hak dan kewajiban yang harus dijalankan. Menurut Qurais Shihab¹⁰⁸,

¹⁰⁸ M. Quarish Shihab, *Tafsir Al-Mishbah; Pesan, Kesan dan Kreasi Al-Qur'an*, Volume 1, Cet. Kedua, Lentera Hati, Jakarta, 2004, hal 393.

adanya aturan mengenai pemaafan adalah keringanan dari Tuhan agar tidak timbul dendam atau pembunuhan beruntun, dan hal ini juga merupakan rahmat dari Allah bagi keluarga korban atau pelaku sekaligus. Bagi korban dilarang menuntut berlebih yang di luar kemampuan pelaku, pelaku pun dilarang menunda-nunda pembayaran ganti rugi atau mengurangi dari ganti rugi atau tebusan yang telah ditetapkan.

Secara kontekstual dalam firman Allah SWT, Allah SWT telah memaafkan banyak kedurhakaan dan kesalahan hamba-hambanya. Dalam penggalan arti surat Asy-Syura [42] ayat 30, yakni;

Artinya: *“Dan apa yang menimpa kamu maka adalah disebabkan oleh perbuatan tangan kamu sendiri dan Allah memaafkan banyak.”* (QS Asy-Syura (42): 30)

Seandainya Allah Swt tidak memaafkan mereka, tentu semuanya akan binasa bahkan tidak akan ada lagi satu binatang melatapun di dunia ini.¹⁰⁹ Oleh karena itulah Allah Swt memberi gelar diri-Nya *al-‘Afwu*, Yang Maha Pemaaf. Allah Swt berfirman,

إِنْ تُبْدُوا خَيْرًا أَوْ تُخْفُوهُ أَوْ تَعْفُوا عَنْ سُوءٍ فَإِنَّ اللَّهَ كَانَ عَفُورًا قَدِيرًا

Artinya: *“Jika kamu menyatakan sesuatu kebaikan menyembunyikan atau memaafkan sesuatu kesalahan (orang lain), maka sesungguhnya Allah Maha Pemaaf lagi Maha Kuasa.”* (QS An-Nisa (4) ayat 149)

¹⁰⁹ *Ibid.* hlm. 169

Kemudian dalam ayat yang lain, Allah Swt menyeru kepada manusia untuk meniru salah satu sifat-Nya tersebut. Allah Swt berfirman,

خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ

Artinya: “Jadilah engkau pemaaf dan suruhlah orang mengerjakan yang *ma’ruf* serta berpalinglah dari orang-orang yang *bodoh*” (QS Al-A’râf (7):199)

Memaafkan kesalahan dan kezhaliman orang lain kepada kita tidaklah mudah. Menurut para sufi, memaafkan harus dilatih secara *continue* dan terus-menerus. Sifat pemaaf tumbuh karena kedewasaan ruhaniyah. Ia merupakan hasil perjuangan berat ketika kita mengendalikan kekuatan *ghadhab* (marah) di antara dua tekanan yaitu pengecut dan pemberang. Memaafkan juga tidak bisa direkayasa secara artifisial dengan upacara pemutihan seperti *halal bi halal* dan lain sebagainya. Maaf yang tulus lahir dari perkataan yang tulus kepada orang lain.¹¹⁰

Ketika Misthah bin Utsâtsah (anak bibinya Abu Bakar yang hidupnya miskin dan tidak punya harta benda) dibantu dan dinafkahi oleh Abu Bakar, namun Misthah malah menyebarluaskan isu negatif terhadap ‘Âisyah (isteri Nabi Saw dan putri Abu Bakar,¹¹¹ yang kemudian sang ayah tidak membantu dan menafkahi lagi. Kemudian Allah SWT menegurnya dengan ayat :

¹¹⁰ Jalaluddin Rahmat, *Reformasi Sufistik*, Bandung: Pustaka Hidayah, 2002, hlm 218

¹¹¹ Kisah tersebut terjadi dalam *hadîtsul ifki* (berita bohong), di mana ketika kaum muslimin melakukan perjalanan pulang dari perang Bani Musthaliq kemudian tersebar berita bohong bahwa ‘Aisyah telah melakukan perbuatan keji dengan Shafwan bin Mu’aththal. Yang pertama kali menyebarkan berita bohong ini adalah ‘Abdullah bin Ubay bin Salul kemudian Masthah ikut andil menyebarluaskan berita tersebut. Allah Swt lalu menurunkan surat An- Nur (24); 221 sebagai pembelaan kepada ‘Aisyah dan untuk meyakinkan Rasulullah Saw bahwa berita itu hanyalah fitnah dan kabar bohong semata. Dalam Muhammad Sa’id Ramadhân al-Bûthy, *Sirah Nabawiyah*, (Jakarta: Rabbani Press, 1428 H/2007 M), hal 291-294

“Dan janganlah orang-orang yang mempunyai kelebihan dan kelapangan di antara kamu bersumpah bahwa mereka (tidak) akan memberi (bantuan) kepada kaum kerabat(nya), orang-orang yang miskin dan orang-orang yang berhijrah pada jalan Allah, dan hendaklah mereka mema'afkan dan berlapang dada. Apakah kamu tidak ingin bahwa Allah mengampunimu? dan Allah adalah Maha Pengampun lagi Maha Penyayang.” (QS An-Nûr (24): 22)

Karena itu, mereka yang enggan memberi maaf, pada hakikatnya berarti enggan memperoleh pengampunan dari Allah Swt. Dalam pandangan Islam, mampu memaafkan kesalahan orang lain termasuk sebagian dari akhlak yang sangat mulia dan luhur.¹¹² Ia merupakan salah satu ciri orang yang bertakwa (*muttaqîn*) dan ia adalah sikap yang diutamakan di sisi Allah Swt. Kemudian dalam hadist yang diriwayatkan oleh Imam Ahmad bin Hanbal. Rasulullah SAW telah menegaskan akan hal tersebut ketika sahabat “ ‘Uqbah bin Amir¹¹³ bertanya mengenai amalan-amalan yang paling utama . beliau menyambutnya dengan bersabda,

“ Dari ‘Uqbah bin Amir ia berkata “ saya bertemu dengan Rasulullah SAW kemudian saya pegang tangannya dan bertanya, “Wahai Rasulullah berutahulah saya yang amalan-amalannya yang paling utama”. Beliau SAW kemudian menjawab. Wahai Uqbah sambunglah tali persaudaraan dengan orang-orang yang memutuskan hubungan denganmu, berilah orang yang

¹¹² Rasulullah Saw sudah sering mencontohkan sikap mulia tersebut, sehingga beliau Saw sangat terkenal sebagai orang yang pemaaf. Dalam sejarah disebutkan bahwa beliau Saw taburkan maafnya kepada orang-orang yang menyakiti dan yang mengusirnya dari tanah airnya. Bahkan beliau Saw serahkan sorbannya sebagai tanda maafnya kepada Wahsyi yang telah membunuh pamannya tercinta Hamzah. Dalam Jalaluddin Rahmat, *Op.cit*, hal 218

¹¹³ Ahmad ibnu Hanbal, *Musnad Ahmad*, (Beirut: Darul Fikr, T.th), hadits ‘Uqbah ibn ‘Âmir, juz 35, hal 206

tidak mau memberi kepadamu dan memaafkanlah orang yang telah menzallimu”

Oleh karena itu, jika ada seseorang yang berbuat salah tau zhalim kepada kita, yang diutamakan dan diperintahkan oleh agama adalah memaafkan kesalahan atau kezahalian orang tersebut, walaupun membalas kezahalian atau keburukan juga diperbolehkan, namun memaafkan tetap lebih utama. Hal ini tampak jelas dalam firman Allah SWT dalam Surat Asy-Syura (42): ayat 40. Allah berfirma,

Artinya: “Dan balasan suatu kejahatan adalah kejahatan yang serupa, maka barang siapa memaafkan dan berbuat baik, maka pahalanya atas (tanggungan) Allah. Sesungguhnya Dia tidak menyukai orang-orang yang zhalim.” (QS. Asy-Syûrâ [42]: 40)

Namun, kalau kita melihat realita kehidupan sehari-hari, yang terjadi justru sebaliknya. Pemaafan itu biasanya muncul dan terjadi setelah orang yang berbuat salah atau zhalim meminta maaf terlebih dahulu. Padahal, kalau kita meneliti dan mengkaji ayat-ayat Al-Qur’an yang berkaitan dengan masalah maaf memaafkan (*al-‘afwu*), akan kita temukan bahwa konsep Al-Qur’an mengenai *al-‘afwu* adalah perintah memberikan maaf kepada orang yang berbuat salah atau zhalim bukan perintah meminta maaf, sehingga kita perlu menanti permohonan maaf dari orang yang bersalah, tetaoi hendaknya sebelum diminta.

Dalam Dalam kitab *al-Mu'jam al-Mufahras* karya Muhammad Fu'âd 'Abdul Bâqî, disebutkan bahwa kata *al-'afwu* dengan berbagai derivasi dan konteksnya yang bervariasi diulang dalam Al-Qur'an sebanyak 35 kali.¹¹⁴ Kata ini menurut Quraish Shihab pada mulanya berarti kelebihan, seperti dalam firman Allah Surat Al- Baqarah (2) ayat 219 :

Artinya: “*Mereka bertanya kepadamu tentang apa yang mereka nafkahkan. Katakanlah, 'al-'afwu (yang berlebih dari keperluan)*” (QS Al-Baqarah [2]: 219)

Yang berlebih seharusnya “diberikan” sehingga “keluar”. Keduanya menjadikan apa yang tadinya berada di dalam atau dimiliki, menjadi tidak di dalam dan tidak dimiliki lagi, sehingga kata *al-'afwu* berkembang maknanya menjadi “kerterhapus”. Memaafkan berarti menghapus luka atau bekas-bekas kekesalan yang ada di dada, atau mengeluarkan apa yang terdapat dalam dada dari kesalahan orang lain sehingga hilang dari ingatan.¹¹⁵

Kemudian, kalau kita bandingkan antara ayat-ayat Al-Quran yang berbicara tentang taubat dan maaf, maka ditemukan bahwa kebanyakan ayat tersebut didahului oleh usaha taubat dan maaf.¹¹⁶ Maka ditemukan bahwa kebanyakan ayat tersebut didahului oleh usaha manusia untuk bertaubat.

¹¹⁴ Muhammad Fu'âd 'Abdul Bâqî, *al-Mu'jam al-Mufahras Li Alfâzh al-Qur'ân al-Karîm*, (al-Qâhirah: Dar al-Hadis, 1428H/2007 M), hal 572-573

¹¹⁵ M. Quraish Shihab, *Wawasan Al-Qur'an; Tafsir Maudhu'i atas Pelbagai Persoalan Umat*, Bandung: Mizan, 1998, hlm 246

¹¹⁶ Dalam Surah Hud (11) ayat 90 : “dan mohonlah kepada Tuhanmu kemudian bertaubatlah sesungguhnya Tuhanku Maha penyayang Alhi maha Pengasi

Sebaliknya, ayat-ayat yang menggunakan kata *'afa* dan berbicara tentang tentang pemaafan semuanya ditemukan tanpa adanya usaha terlebih dahulu dari orang yang bersalah, seperti firman Allah SWT dalam Surah Al-Baqarah (2) ayat 187:

Artinya :

“Allah mengetahui bahwasanya kamu tidak adapt menahan nafsumu, karena itu Allah mengampuni kau dan memberi ma’af kepadamu”

Kemudian dalam surah At-Taubah (9) ayat 43 :

Artinya : Semoga Allah Memafkanmu, mengapa kamu memberi izin kepad ameraka (untuk tidak sedang berperang), sebelum jelas bagimu orang-orang yang benar (dalam keudzurannya) dan sebelum kamu ketahui orang-orang yang berdusta?

Begitu juga dalam firman Allah SWT surat Asy-Syura (42) ayat 40,

Artinya: dan Balasan suatu kejahatan yang serupa. Maka barang siapa memafkan dan bebuat baik, maka pahalanya atas (tanggungan) Allah, sesungguhnya dia tidak menyukai orang-orang zhalim”.

Semua ini menunjukkan bahwa dalam ajaran agama, yang diutamakan dua menjadi prioritas adalah memaafkan kesalahan dan kezhaliman orang lain tanpa harus menunggu orang tersebut meminta maaf terlebih dahulu. Dari sisi penulis mengkaji relevansi pemaafan dalam sebuah tindak pidana tertentu dengan melihat nilai kaunyah sebagai wujud upaya *ultimum remidium* dan sebagai reevaluasi sebagai pembaharuan hukum pidana terutama dalam nilai-nilai sanksi pidana itu sendiri.

Islam sendiri mengingatkan bahwa dalam konteks masyarakat, dalam menyelesaikan suatu persoalan yang timbul dalam masyarakat hendaknya dengan konsep keadilan sosial juga, yaitu dengan meletakkan suatu pada tempatnya, artinya menggunakan asas proporsionalitas. Memaafkan yang bersalah dan memberikan bantuan kepada pemalas, disebut sebagai menggoyahkan sendi-sendi kehidupan masyarakat, karena hal itu sudah melebihi keadilan sosial itu.

Relevansinya dalam pembahasan ini adalah bahwa maaf tidak begitu saja dapat dijadikan satu metode mediasi pidana, harus sangat selektif agar tidak melampaui nilai keadilan yang itu menggoyahkan sendi kemasyarakatan, dan hanya akan kontraproduktif terhadap pencapaian perdamaian itu sendiri. Dalam hukum pidana Islam memberikan satu solusi dua arah yang seimbang dalam hal *ishlah*, dengan satu tujuan perdamaian yang sejati, yaitu hilangnya beban dosa bagi pelaku, dan hilangnya rasa derita dan dendam korban. *Al-‘afwu* merupakan perintah dari Allah yang harus diusahakan secara adil sebagai rahmat dari Allah SWT, yang mencintai perdamaian.

BAB III
TINJAUAN UMUM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANATERHADAP
KONSEP MEDIASI PIDANA DAN EKSISTENSI HUKUM PIDANA
ISLAM DI INDONESIA

A. Ruang Lingkup Pembaharuan Hukum Pidana.

Secara teoritis pembaharuan hukum pidana dapat terjadi karena pergeseran nilai yang melandasi hukum, pergeseran unsur masyarakat, maupun keduanya secara bersamaan.¹ Terkait hal tersebut, secara historis dalam konteks pembaharuan hukum pidana di Indonesia. Adanya peristiwa Proklamasi Kemerdekaan di Indonesia dari penjajahan Jepang pada Tahun 1945 yang menandai pergeseran unsur masyarakat serta nilai yang melandasi hukum di Indonesia, telah mendorong terjadinya pembaharuan di berbagai bidang hukum, khususnya bidang hukum pidana. Sehingga dengan penyesuaian situasi dan filosofi kemerdekaan bangsa Indonesia pada waktu itu, pembaharuan hukum pidana Indonesia terjadi melalui nasionalisme hukum pidana yang diberlakukannya *Wetboek van Strafrecht voor Nederlandsch-indie* (WvS) 1915 menjadi Undang-undang Nomor 1 tahun 1946 tentang kitab undang-Undang hukum pidana atau KUHP hingga kini.²

¹ Syaiful bakhri, *Sejarah pembaharuan KUHP & KUHP*. Cet 1, (Yogyakarta: Total Media, 2011). Hlm 73

² Pasca proklamasi Kemerdekaan, adanya berbagai perubahan dan penambahan dalam Wvsi sehingga menjadi *Wetboek van Strafrech* (WvS) setelah diterjemahkan secara tekstual, ialah berdasarkan Pasal II atuan peralihan Undang-Undang Dasar 1945” *segala badan Negara dan pengauran yang ada masih langsung berlaku selama belu diadakan yang baru menurut Undang-undang dasar ini*”, dan Pasal 1 Peraturan Pemerintah No. 2 Thun 1945, “segala badan-badan Negara dan peraturan yang ada sampai berdirinya Negara Republik Indonesia pada tanggal 17 Agustus 1945,

Demikian pula secara akademis konsep pembaharuan hukum pidana telah dibahas sejak lama oleh pemerintahan Orde lama sehingga masa Reformasi oleh panitia perancangan RUU KUHP (Rancangan Kitab Undang-Undang Hukum Pidana). Mulai dari era kepemimpinan Moeljatno, Basaroesdin, Oemar Seno Adji, Sudarto, Roeslan Saleh, B. Mardjono Reksodiputro hingga era kepemimpinan Muladi (sekarang). Secara spesifik Barda Nawawi Arief Menjelaskan, bahwa usaha pembaharuan hukum pidana (KUHP), untuk menggantikan yang lama telah lama dilakukan.

Hal tersebut di mulai dari adanya rekomendasi seminar Nasional I pada Tahun 1963 yang menyerukan agar rancangan kodifikasi hukum pidana nasional secepat mungkin untuk diselesaikan. Maka kemudian berkembanglah berbagai Konsep KUHP baru mulai dari tahun 1964, Konsep 1968, Konsep 1971/1972. Konsep 1977 (Konsep BAS), konsep 1982/1983 (Oemar Senoadji) Konsep 1984/1985 (Sudarto), konsep 1986/1987 (Roeslan Saleh), Konsep 1987/1988 – konsep 1991/1992 (B. Madjono Reksodiputro), Konsep edisi revisi Maret 1993 konsep 2004, konsep September 2005, konsep 2005/2006 konsep Februari 2008, Konsep 2012 hingga sampai pada konsep terakhir yaitu RUU KUHP draft tahun 2016.³

selama belum diadakan yang baru menurut UUD, masih berlaku asal; saja tidak bertentangan dengan UUD ini". Lihat Andi Hamzah, *Asas-asas hukum pidana*, Jakarta: Rineka Cipta, 2008, hlm 212-22

³ Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana Perkembangan Penyusunan KUHP Baru*, Cet 3, Jakarta: Kencana, 2011 hlm 102, 231-232, 335.

Terkait dengan kebijakan dalam proses memperbaharui ketentuan hukum, seperti yang telah dilakukan oleh panitia perancangan RUU KUHP. Menurut Barda Nawawi Arief, untuk menghasilkan hukum pidana baru yang lebih baik dalam konteks bangsa Indonesia, pembaharuan hukum pidana harus didasarkan atas pemahaman yang baik dan komperhensif terhadap ilmu hukum pidana normatif yang mencakup: *Ius Constutum* (Ilmu Hukum pidana Positif), *Ius Constituendum* (Ilmu politik hukum pidana), *Ius Comperandum* (Perbandingan Hukum pidana), *Hukum pidana Adat* (Ilmu hukum pidana Adat).⁴ Oemar Seno Adji menambahkan bahwa prinsip dalam melakukan pembaharuan hukum pidana tersebut haruslah tetap mengacu pada nilai-nilai filosofis, sosiologis, politis dari bangsa sendiri sebagai prinsip dasarnya.

5

Berdasarkan pendapat para ahli hukum pidana diatas, dalam proses memperbaharui ketentuan hukum pidana nasional tentu tidak lepas dari berbagai sumber yang menjadi bahan pembaharuan, dimana salah satu di antaranya yang diakui menjadi sumber bahan dalam memperbaharui hukum pidana di Indonesia ialah hasil riset maupun hasil studi komparasi dengan sistem hukum pidana berbasis agama ataupun prisip-prinsip hukum berbasis ajaran agama tertentu.

⁴ Muhammad Abdul Kholiq, "*Deskripsi Umum tentang pengertian Pembaharuan Hukum Pidana*", dalam *Bahan Kuliah Pembaharuan Hukum Pidana*". Disampaikan di Pascasarjana FH Univeristas Islam Indonesia 2015. Slide 3-4

⁵ *Ibid*, slide. 5

Sejatinya Pembaharuan Hukum Pidana yang dikutip oleh Gustav Radbruch bahwa “memperbaharui hukum pidana tidak berarti memperbaiki hukum pidana akan tetapi menggantinya dengan lebih baik.⁶ Pembaharuan hukum pidana yang sifatnya menyeluruh harus meliputi pembaharuan pidana materiil (Substantif), hukum pidana formil (hukum Acara Pidana) dan hukum pelaksanaan pidana. Ketiga bidang hukum pidana itu harus bersama sama diperbaharui.

Permasalahannya adalah dalam pembaharuan hukum pidana nasional dinilai merupakan tuntutan dan keharusan yang sangat penting dalam ruang lingkup perkembangan hukum pidana di era kekinian ini. Produk hukum pidana yang merupakan kodifikasi dari hukum Belanda cenderung masih memberikan kontribusinya hingga sekarang ini, yang kini mulai tergerus oleh keadaan hukum yang berkembang di Indonesia. Mengingat hukum pidana sekarang yang berinduk pada *Wetboek van Strafrech voor Nederlands Indie* (dibaca KUHP) sudah kurang atau memiliki relevansi baik perkembangannya maupun kontekstualitas untuk dipertahannya seperti adanya.

Penulis berpandangan bahwa pelaksanaan pembaharuan hukum pidana memiliki berbagai pertimbangan yang dianggap sangat relevan yang bersifat, historis, sosiologis, praktis dan adaptif, pembaharuan dalam rangka pembangunan hukum nasional secara keseluruhan.

⁶ Sudarto, “*Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*”, Sinar Baru, 1983, hlm 121

Tujuan dari pembaharuan hukum itu sendiri terutama hukum pidana nasional sebagai salah satu upaya revitalisasi hukum pidana dalam memajukan hukum pidana di era sekarang ini. Amanat Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2000 tentang Program Pembangunan Nasional Tahun 2000-2004 (UU No 25/2000) Bab II mengenai Pembangunan Hukum memiliki 3 (tiga) arah kebijakan program pembangunan hukum terutama program pembentukan peraturan perundang-undangan. Tiga hal tersebut meliputi : ⁷

1. Menata sistem hukum nasional yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui hukum Agama dan hukum adat serta memperbaharui perundang undangan warisan kolonial dan hukum nasional yang diskriminatif.
2. Mengembangkan peraturan perundang undang yang mendukung kegiatan perekonomian dalam menghadapi era perdagangan bebas tanpa merugikan kepentingan nasional.
3. Melanjutkan ratifikasi konvensi Internasional, terutama yang berkaitan dengan hak asasi manusia sesuai dengan kebutuhan dan kepentingan bangsa dalam bentuk Undang-Undang.

Adapun semua upaya pembangunan hukum tersebut bertujuan untuk mempercepat, meningkatkan kegiatan pembaharuan dan pembentukan sistem hukum nasional dalam segala aspeknya, menjamin kelestarian dan integritas bangsa serta memberi patokan arahan dan dorongan dalam perubahan sosial

⁷ Saldi Isra, *Agenda pembaharuan Hukum Catatan Fungsi Legislasi DPR dalam Jantera jurnal Hukum*, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan, Jakarta, hal 59

ke arah terwujudnya tatanan masyarakat yang adil dan makmur berdasarkan Pancasila dan UUD 1945.⁸

M.Abdul Kholiq⁹, berpendapat pembaharuan hukum Pidana merupakan kebijakan Negara dalam memperbaharui ketentuan hukum pidana yang berlaku (sebagai *ius constitutum*) untuk menghasilkan hukum pidana baru yang lebih baik. Kiranya beberapa indikator yang diperlukan dipertimbangkan sebagai landasan upaya pembaharuan hukum pidana sebagai berikut :

1. Kepastian
2. Kemanfaatan
3. Keadilan
4. Efektivitas / fungsional, dan
5. Kesesuaian dengan situasi yang dibutuhkan masyarakat sebagai adessat hukum yang baik pada saat hukum dibuat maupun sesudahnya (*ius constituendum*)

Melihat pandangan pembaharuan di atas secara teoritik, urgensi tentang pembaharuan hukum pidana tersebut juga semakin tampak apabila dikaitkan dengan hakekat fungsional hukum pidana yang sering dilukiskan oleh para ahli hukum sebagai *pedang bermata dua*, dimana hukum pidana memiliki dua sisi dari segi penerapan dalam perlindungan terhadap masyarakat dari ancaman kejahatan,

⁸ Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Pola Pikir dan Kerangka Sistem Hukum Nasional*, Jakarta, hal 115.

⁹ Muhamad Abdul Kholiq. A.F, Bahan Kuliah “Pembaharuan Hukum Pidana” Strata 1 Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

serta di sisi lain fungsi dalam menjalankannya sebagai *social defence* tersebut justru harus dilakukan dengan cara merenggut hak asasi manusia yang diantaranya berwujud perampasan hak kemerdekaan seseorang untuk sementara waktu, bahkan selama-lamanya.

Dalam pandangan lain bentuk dari sisi lain hukum pidana yang sangat ekstrim dapat pada hal merenggut hak hidup manusia atau kemerdekaan hidup manusia, bilamana divonis hukuman mati. Setidaknya cerminan dalam hukum pidana nasional semata-mata mampu memberikan cerminan yang humanis, memberatkan suatu kearifan/ keseimbangan dan dilindungi dari berbagi kepentingan.

Barda Nawawi Arief sendiri khusus untuk Indonesia, pembaharuan hukum pidana seharusnya didasarkan atas pemahaman yang baik dan komperhensif terhadap ilmu hukum yang normatif yang isinya mencakup:

- *Ius Constitutum* (Ilmu Hukum pidana Positif)
- *Ius Constituendum* (Ilmu Politik Hukum Pidana)
- *Ius Comperandum* (Ilmu Perbandingan hukum pidana)
- *Hukum Pidana Adat* (Ilmu Hukum pidana Adat)

Landasan dan pemahaman yang komperhensif itulah, pembaharuan hukum pidana dan pembangunan sistem hukum nasional, termasuk di bidang hukum pidana dapat terwujud dengan baik. Masalah besar yang timbul dalam agenda kebijakan politik hukum di Indonesia, khususnya pembaharuan sistem hukum pidana Nasional sangatlah memprihatinkan.

Barda Nawawi Arief berpendapat ada beberapa permasalahan yang secara substansi dasar hukum pidana di nilai kurang efektif diantaranya :¹⁰

1. Pembaharuan hukum pidana nasional yang dilakukan masih sangat lamban, tidak berkelanjutan (tidak adanya kelanjutan), bersifat parsial (tidak sistemik/integral), bahkan terkesan tidak berpola/konsisten.
2. Gagasan pembaharuan dan melakukan rekonstruksi sistem induk hukum pidana nasional (yaitu KUHP) sampai saat ini masih belum terealisasi dan penuh dengan kontroversi.
3. Permasalahan yuridis didalam penyusunan produk legislatif (kebijakan formulasi) atau dalam melakukan perubahan/ amandemen Undang-Undang.

Secara makro pembaharuan hukum pidana bagian yang tidak terpisah dari masalah politik kebijakan hukum pidana (*Straft recht politiek*). Hakekat ruang lingkup pembaharuan dalam politik hukum pidana tidak adanya cara lain dengan mengadakan upaya pemilihan hukum dalam hal perundang-undangan pidana yang paling baik dalam memenuhi syarat keadilan dan daya guna serta sesuai dengan keadaan dan antusiasme pada waktu dan untuk masa-masa yang akan datang.¹¹ Pembangunan hukum nasional setidaknya dapat diupayakan dengan menjadi 3 (tiga) dimensi.¹²

¹⁰ Barda Nawawi Arief, "Pembaharuan Hukum Pidana dalm perseptif dan perbandingan", PT citra aditya bakti, Bandung 2005. Hlm v

¹¹ Soedarto dalam Barda Nawawi Arief, "Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana", Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Bandung. Hlm 27-28

¹² Lihat Surat Rekomendasi, Mardjono Reksodiputro, dalam Jan Ramelink, "Hukum Pidana, Komentas atas pasal-pasal terpenting dari Kitab Undang-undang Hukum Belanda dan Pendanaan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Pidana.

Pertama dimensi pemeliharaan. Artinya memelihara tatanan hukum yang ada dalam rangka mencegah terjadinya kekosongan hukum yakni apabila hukum yang lama (telah ada) hendak di ganti sementara hukum penggantinya belum dipersiapkan. Dengan demikian keberadaan hukum yang telah ada sebelumnya walaupun disadari sudah kurang atau bahkan tidak sesuai dengan perkembangan keadaan (seperti tatanan hukum nasional Indonesia dewasa ini), harus dipahami sebagai hukum tradisional yang pelaksanaannya arus teteap berpijak pada situasi dengan keadaan yang sudah berubah yang dilandasi oleh Pancasila sebagai sumber dari segala sumber hukum serta landasan konstitusional yaitu UUD 1945. *Kedua*, adanya dimensi pembaharuan.

Maksud dan tujuan dalam hal ini melengkapi hukum dan menyesuaikan/ menyempurnakan yang sudah ada akan tetapi dinilai “*out of date*”. Dimensi pembaharuan hukum ini diperlukan mengingat secara real tidak semua tata hukum warisan Kolonial itu adalah tidak cocok diterapkan pada era sekarang ini. Selanjutnya *ketiga*, ialah dimensi penciptaan sebagai usaha *responsive* untuk menghadapi tantangan zaman. Dalam dimensi ini menciptakan suatu perangkat peraturan perundang-undangan yang baru yang sebelumnya memang belum ada.

Uraian diatas menunjukkan bahwa, pembaharuan hukum pidana hakekatnya melakukan reaktualisasi nilai-nilai yang menjadi landasan hukum pidana agar benar-benar kontekstual dan signifikan dengan kebutuhan masyarakat di Indonesia dan zamannya dimana hukum pidana tersebut

berlaku. Perwujudan nilai pembaharuan yang berorientasi dengan nilai-nilai sentral sosio-politik, sosio-filosofis dan sosio-kultural masyarakat Indonesia yang melandasi kebijakan social, kebijakan yang criminal dan kebijakan penegakan hukum Indonesia. Oleh karena itu, upaya pembaharuan hukum pidana harus ditempuh melalui pendekatan baik berorientasi pada nilai maupun pendekatan yang berorientasi pada kebijakan. Keharusan digunakan pendekatan kebijakan adalah karena pembaharuan hukum pidana sebagaimana telah dijelaskan terdahulu.

Sesungguhnya merupakan bagian saja dari politik atau kebijakan hukum pada umumnya dan bagian dari kebinjakan hukum pidana pada khususnya. Sedangkan pendekatan ini dinilai harus pula dipergunakan dalam pembaharuan hukum pidana ini karena di dalam setiap kebijakan tentulah dipertimbangkan berbagai nilai. Dengan demikian kedua pendekatan tersebut harus diterapkan secara integral dan tidak boleh dilihat sebagai suatu (*“dichotomy”*).

Sebagai upaya pelaksanaannya pembaharuan hukum pidana menurut Richard Lange dalam bukunya kecilnya yang berjudul *“strafrechtsreform, Reform in Dilema”* ada keharusan untuk menserasikan hukum pidana dengan Ilmu pengetahuan empiris dengan memperhatikan benar-benar kebutuhan masyarakat yang sesungguhnya, sedangkan di lain pihak hukum pidana harus diperbaiki sesuai dengan kemajuan zaman.¹³

¹³ Richard Ange, *Strafrechtsreform Reform in Dilema* dalam Abdurahman, *Pembaharuan Acara Pidana*, Bandng: Alumni, 180, hlm 2

Dari kedua permasalahan tersebut, hukum pidana di atas, mengandung makna bahwa ada keharusan untuk mengakomodasi nilai-nilai sentral yang hidup di masyarakat. Disamping itu pembaharuan hukum pidana dilakukan dengan melihat kecenderungan Internasional dan hukum pidana negara-negara lain sebagai bahan perbandingan yang di adaptasikan dengan nilai-nilai yang terkandunga sumber hukum hingga hukum yang diciptakan dapat berlaku. Sejatinya memang tujuan dari pembaharuan hukum pidana adalah penanggulangan. Ketiga bidang hukum yang diperbaharui itu erat sekali hubungannya, namun dalam penelitian ini penulis mencoba melanjutkan bagaimana pembaharuan hukum pidana baik formil dan materiil, disamping itu hukum Islam sebagai sarana penyeimbang dalam rangka wujud kemasahatan.

Muladi¹⁴ menambahkan, Berkenaan dengan pembaharuan hukum pidana karakteristik operasional hukum pidana di masa yang akan datang memiliki gambaran sebagai berikut:

- a. Karakteristik yang pertama (adalah bahwa) hukum pidana nasional mendatang dibentuk tidak hanya sekedar alasan sosiologis, politis dan praktis semata-mata namun secara sadar harus disusun dalam kerangka ideologi Nasional Pancasila.
- b. Karakteristik operasaional yang kedua adalah hukum pidana pada masa datang tidak boleh mengabaikan aspek yang berkaitan dengan kondisi manusia, alam dan tradisi Indonesia.

¹⁴ Muladi, "*Pidato Pengukuhan Guru Besar*", BP Undip, Semarang, 1990 Hlm 149-166

- c. Karakteristik yang ketiga bahwa hukum pidana mendatang harus dapat menyesuaikan diri kecenderungan universal yang tumbuh di dalam pergaulan beradab.
- d. Karakteristik yang ke empat adalah bahwa hukum pidana dimasa yang akan datang harus memikirkan pula aspek-aspek yang bersifat reventif
- e. Karakteristik yang ke lima adalah bahwa hukum pidana masa yang akan datang harus selalu tanggap terhadap perkembangan ilmu pengetahuan dan tehnologi guna peningkatan efektivitas di dalam masyarakat.

Dari karakteristik yang ditemukan di atas dengan tegas dan jelas maknanya bahwa didalam pembaharuan hukum pidana harus mengakomodir sendi-sendi nilai sentral masyarakat dan juga menutup diri terhadap nilai universal dalam masyarakat beradab. Pembaharuan hukum yang seperti ini lebih populer dari istilah pembinaan hukum, walaupun hukum dalam arti luas merupakan sebuah tindakan yang berusaha menyelaraskan hukum dengan kebutuhan masyarakat yang sedang membangun. Dengan demikian pembinaan itu meliputi kegiatan pembangunan hukum yaitu menetapkan ketentuan baru sebagai upaya penyesuaian hukum pidana warisan dari kolonial menyesuaikan dengan hukum nasional di Indonesia yang lahir sejak Proklamasi dengan kebutuhan yang terus berubah.¹⁵

Dari kedua pertimbangan hukum tersebut mengandung makna yang sama dengan perubahan yaitu bahwasannya arti pembinaan hukum nasional itu sendiri adalah kegiatan penyelenggaraan usaha-usaha peningkatan dan

¹⁵ Harjito Notopuro, "*Pokok-pokok Pemikiran tentang Pembangunan dan Pembinaan Hukum Nasional*", Bina Cipta, Bandung, 1995, hlm 6

penyempurnaan hukum nasional dengan antara lain, menyusun tata hukum nasional, mengadakan perencanaan kitab undang-undang serta peraturan perundangan yang baru, mengusahakan kesatuan hukum di bidang – bidang tertentu (legalisasi, kodifikasi, unifikasi) dengan jalan memperhatikan kesadaran hukum masyarakat serta kebudayaan bangsa berdasarkan Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945 dan dilandasai dengan wawasan Nusantara.¹⁶

Amanat melakukan pembaharuan hukum pidana jika ditelusuri lebih jauh ke belakang berdasarkan asas *concordatie – beginsel* sebagaimana diatur dalam Pasal 75 *Regerings Reglement* yang menetapkan bahwa hukum pidana yang berlaku di Indonesia harus di sesuaikan dengan hukum pidana yang berlaku di negeri Belanda, meskipun dengan kesempatan “untuk menyimpang bila keadaan setempat menghendaknya”.¹⁷

Dengan ini maka, dapat dilihat upaya pembaharuan hukum pidana sejak lama diusahakan namun kegiatan kajian tersebut tidak distrukturkan atau tidak di lembagakan lebih bersifat insidental dan temporal serta tidak terarah secara sistematis, padahal usaha melakukan pembaharuan hukum pidana pada dasarnya merupakan kegiatan yang berlanjut dan terus menerus tak kenal henti. Jerome Hall Menyebutkan dengan istilah “*a permanent on going enterprise*”.

¹⁶ *Ibid*, hlm 6

¹⁷ Aruan Sukijo dan Bambang Purnomo, “*Hukum Pidana Dasar Aturan Umum*, Ghalia Indonesia, Jakarta 1990, hlm 13-14.

Khususnya di bidang pembaharuan hukum pidana, Jarome Hall menyatakan :
“*Improvement of the crmininal law should be permanent on going enterprise and detailed record should be kept*”. Oleh karenanya perbaikan/pembaharuan hukum pidana merupakan suatu usaha permanen yang terus menerus dan berbagai catatan/dokumen rinci mengenai hal itu seharusnya disimpan dan dipelihara.

Upaya pembaharuan hukum pidana dalam pandangan kedepan saat ini yang sedang dilakukan khususnya, dalam rangka menggantikan beberapa kajian terhadap hukum pidana yang menjadi warisan Kolonial, memang sangat memerlukan bahan kajian komperatif yang konstruktif. Terlebih, jika dilihat dari sudut perbandingan hukum, sistem hukum pidana menurut KUHP/WVS yang berasal dari zaman pluralis (termasuk didalamnya *civil law sistem* atau “ *the Romano–Germanic Family*), yang beorientasi pada nilai-nilai “*individualism/liberalism*”, memang bukan satu-satunya konsep untuk memecahkan masalah hukum. Masih ada konsep atau sistem hukum lain yang sepatutnya dikaji untuk lebih memantapkan upaya pembaharuan hukum pidana di Indonesia. Oleh karena itu, memang sepatutnya di lakukan kajian perbandingan atau kajian alterntif.

Berbagai kajian yang alternatif yang sangat mendesak dan sesuai dengan ide pembaharuan hukum pidana nasional saat ini ialah kajian terhadap keluarga hukum (“*family law*”) yang lebih dekat dengan karakteristik masyarakat dan sumber hukum di Indonesia. Karakteristik masyarakat Indonesia yang bersifat monodualistik dan pluralistik; dan berdasarkan

berbagai kesimpulan seminar nasional, sumber hukum nasional diharapkan berorientasi pada nilai-nilai hukum yang hidup dengan masyarakat yaitu yang bersumber dari nilai masyarakat (hukum adat dan hukum agama. Oleh karena itu, perlu dilakukan kajian perbandingan dari sudut” keluarga hukum tradisional dan agama (*traditional and religious law family*). Kajian yang komparatif yang demikian tidak hanya merupakan sebuah kebutuhan, akan tetapi juga suatu kaharusan.¹⁸

Keinginan dan usaha untuk melakukan kajian/penggalian hukum yang hidup (bersumber dari nilai-nilai hukum agama dan hukum tradisional/adat) telah sering dikemukakan dalam berbagai forum ilmiah. Keinginan itu menunjukkan kesadaran perlunya digali norma hukum yang bersumber dan berakar pada nilai-nilai budaya, moral, dan agama. Di pihak lain, keinginan ini menunjukkan kecenderungan adanya ketidak puasan, keprihatinan dan terlebih krisis kepercayaan terhadap sistem hukum dan kebijakan hukum yang selama ini ada. Kecenderungan demikian tampaknya juga menjadi kecenderungan kongres-kongres Internasional di bidang hukum pidana dan kriminologi.

Barda Nawawi Arief¹⁹ Menyebutkan bahwa makna hakekat pembaharuan hukum pidana dapat dilihat dari 2 (dua) sudut:

1. Dilihat dari sudut pendekatan kebijakan:

¹⁸ Barda Nawawi Arief, “*Kapita Selekta Hukum Pidana*”, Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2003. hlm 43-44

¹⁹ Barda Nawawi Arief, *Beberapa Aspek Kebijakan & Pengembangan Hukum pidana*, PT Citra Medika Aditya Bakti, Bandung, 1998, hlm 31-32.

- a. Sebagai bagian dari kebijakan sosial, pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya bagian dari upaya termasuk mengatasi masalah-masalah sosial (termasuk masalah kemusiaan) dalam Rangka mencapai/ menunjang tujuan nasional (kesejahteraan masyarakat dan sebagainya).
 - b. Sebagai bagian dari kebijakan kriminal, pembaharuan hukum pidana dan hakekat bagian dari upaya perlindungan masyarakat (khususnya upaya penanggulangan kejahatan)
 - c. Sebagai bagian dari kebijakan penegakan hukum pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya bagian dari upaya pembaharuan substansi hukum (*legal substance*) dalam rangka lebih mengefektifkan penegakan hukum.
2. Dilihat dari sudut pendekatan nilai :

Pembaharuan hukum pidana pada hakekatnya merupakan upaya melakukan peninjauan dan penilaian kembali nilai-nilai sosio-politik, sosio-filosofis dan sosio-kultural yang melamdasikan dan memberikan isi terhadap muatan normatif dan substantif hukum pidana, apabila orientasi nilai dari hukum pidana yang di cita-citakan sama dengan orientasi nilai dari hukum pidana lama merupakan warisan penjajah. Dengan dimensi dan optik demikian, pada dasarnya secara konkret memang diperlukan, sudah merupakan keharusan yang tidak dapat ditunda diletakkan lagi eksistensinya.

Aspek ini berkolerasi dengan adanya tiga argumentasi utama mengapa diperlakukan pembaharuan di bidang hukum pidana. Ketiganya berorientasi kepada alasan politis, sosiologis dan praktis. Alasan politis menegaskan kelayakan Indonesia sebagai negara merdeka memiliki KUHP yang bersifat nasional sehingga diandang merupakan kebanggaan tersendiri sebagai negara telah melepaskan kedudukannya dari penjajahan pemerintah Belanda. Alasan sosiologis, menegaskan bahwa pada dasarnya KUHP adalah pencerminan dari nilai-nilai kebudayaan sesuatu bangsa. Alasan praktis menjelaskan bahwa kenyataan teks resmi W.v.V adalah bahasa Belanda sehingga jumlah penegak hukum yang memahami bahasa Belanda makin lama semakin sedikit.²⁰

Kiranya upaya melakukan penggalian dan pengakajian nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat dalam pembaharuan hukum pidana sangatlah penting serta perlu pengembangan lebih lanjut. Barda Nawawi Arief berpendapat, pada dasarnya hal ini merupakan beban dan amanat Nasional, bahkan merupakan kewajiban dan tantangan nasional. Disamping itu juga telah menjadi kesepakatan dan kecenderungan internasional, seperti terlihat dalam kongres PBB mengenai *The Preventions of crime and treatment of offenders*. Oleh karena itu, sebagaimana dikatakan Barda Nawawi Arief, sewajarnya pendidikan tinggi hukum juga mengembangkan kajian mengenai nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat.

²⁰ Sudarto, *Kapita selekta Hukum Pidana*, PT Alumni, Bandung, 1981, hlm 70-71 dalam I Made Widyana, *Kapita Selektta Hukum Pidana Adat*, PT. Eresco, Bandung, 1993, hlm 30-31

Membangun sistem hukum yang mengambil nilai yang ada dalam masyarakat, maka sekiranya harus dilakukan dengan upaya-upaya penggalian dan pengkajian kearah itu secara sistemik. Upaya atau cara penggalian nilai hukum yang ada di dalam masyarakat melalui tradisi yurisprudensi dan tradisi akademik/keilmuan.

Pandangan tersebut kiranya perlu pembaharuan hukum dengan secara sungguh-sungguh memperhatikan nilai yang terdapat dan hidup di masyarakat, demikian halnya dengan pendapat perlu ilmu hukum pidana nasional yang dibangun merefleksikan nilai-nilai sosiologis, politis, praktis dan ideologis, pada hakekatnya sejalan dengan pemikiran hukum kontemporer Aliran Hukum Sosiologis (*Sociological Jurisptudence*)²¹. Roscoe Pound dan Eugen Ehrlich yang merupakan komponen utama aliran pemikiran hukum ini menunjukkan thesis bahwa : ”Hukum yang baik adalah hukum yang sesuai dengan hukum yang hidup di masyarakat”. Aliran pemikiran hukum ini dengan jelas menegaskan perlunya keseimbangan hukum tertulis sebagai kebutuhan masyarakat hukum demi terwujudnya kepastian hukum, serta hukum yang hidup di masyarakat (*Living law*) sebagai wujud penghargaan terhadap pentingnya peranan masyarakat dalam pembentukan hukum dan orientasi hukum.²²

²¹Lili Rasidi & I.B. Wiyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Bandung : Remaja Rosada Karya, 1993, hlm. 83

²² *Ibid.*

Pandangan Muladi terkait karakteristik hukum pidana nasional yang perlu dan dibangun dan dikembangkan itu, memperlihatkan keterkaitan erat antara *Ius constuendum* dengan nilai-nilai, sosial budaya, dan politik dan berbagai sumber nilai yang lain yang terdapat di dalam masyarakat tempat tumbuh dan hukum pidana itu. Studi dan kajian secara seksama pola-pola penyelesaian perkara tindak pidana, yang dapat memberikan rasa keadilan yang substantif, baik kepada pelaku tindak pidana maupun kepada korban tindak pidana atau keluarganya serta masyarakat, hal ini merupakan kajian akademis yang perlu dikembangkan.

Dari beberapa penjelasan hakekat dari pembaharuan hukum pidana di atas maka dapat dikatakan ada upaya pembaharuan hukum (pidana) adalah seperti yang ditemukan oleh Gustav Raburch bahwa “memperbaharui hukum pidana tidak berarti memperbaiki hukum pidana, akan tetap menggantikannya dengan yang lebih baik” berarti pula membuat yang baru dan bersifat menyeluruh sebagai *ius constituendum* atau hukum pidana yang diciptakan dengan mengakomodasikan nilai-nilai central dalam masyarakat.

Penekanan nilai sentral masyarakat” ini tidak terlepas dari fungsi hukum yang mnaa hukum dan masyarakat bagaikan dua sisi mata uang “*Ubi societas ibi ius*” dimana ada masyarakat disana hukum keduangan tidak dapat dipisahkan. Hukum yang tidak dikenal dan tidak sesuai dengan konteks sosial serta tidak ada komunikasi yang efektif tentang tuntunan pembaharuannya negara tersebut dinyatakan bekerja secara tidak efektif.

A.1. Perkembangan Aliran Hukum Pidana.

Sistem peradilan pidana merupakan suatu jaringan (*net work*) peradilan yang menggunakan hukum pidana sebagai sarana umum, yang paling mengginakan hukum pidana sebagai sarana utamanya, yang meliputi hukum pidana materiil, hukum pidana formil dan hukum pelaksanaan pidana. Karakter sistem peradilan ini dipengaruhi oleh pilihan rasional tentang aliran hukum pidana yang dianut di negara itu. Dalam hal ini berkaitan dengan dalam khasanah hukum pidana dikenal tiga aliran, yakni aliran Klasik, Modern dan aliran Neo-Klasik.

Hukum pidana pada aliran Klasik, ditandai dengan keteguhannya, nerpegan pada prinsip kepastian hukum yang di topang dengan asas legalitas, baik yang menyangkut definisi yuridis tentang tindak pidana maupun kepastian tentang tindak pidananya. (*definite sentence*). Hukum pidana aliran klasik ini memiliki kelemahan yang bersumber pada dianutnya "*Equal Justice*", berupa digunakannya falsafah pembalasan (*retribution*) dengan dasar pemikiran bahwa pidana harus cocok dengan perbuatan (*Punishment fits the crime*), larangan melakukan kebijakan peradilan (*discretions*) serta luasnya penggunaan hukum pidana aliran klasik dinamakan hukum pidana perbuatan (*daad-Strafrecht*).²³

Hukum di aliran hukum modern di tandai dengan karakteristik, yakni penerapan asas individualitas pidana yang bertumpu pada hukum pidana orang (*dader-Strafrecht*).

²³ Muladi, *Hak asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2002, hlm 152

Kebijakan peradilan pidana yang bersifat empirik dipacu, pidana diorientasikan pada si pembuat dan bukan pada perbuatan. Pidana juga harus harus bersifat mendidik, oleh karena itu aparat penegak hukum diberikan koreksi terkait perluasan kewenangan untuk menilai pelaksanaan pidana (*indeterminate sentence*). Kendati demikian, hukum pidana aliran modern ini memiliki kelemahan berupa adanya kesan memanjakan pelaku tindak pidana dan kurang memperhatikan kepentingan korban kejahatan.²⁴

Sementara hukum pidana pada aliran Neo-klasik berusaha memanfaatkan kelebihan yang dimiliki hukum pidana aliran hukum klasik dan modern serta meninggalkan kelemahan-kelemahannya. Asas pembalasan diperbaiki dengan teori kesalahan yang bertumbuh pada usia, patologi, dan pengaruh lingkungan. Kemudian dikembangkan pada alasan-alasan yang memperingan dan yang memperberat pembedaan. Kesaksian ahli (*Expert Testimony*) ditonjolkan. Sistem dua jalur (*Double Track System*) yang didalamnya tertuang sanksi pidana dan tindakan yang diatur sekaligus. Hukum pidana dengan cara demikian merupakan cerminan "*Daad-dader strafrecht*"

Hukum pidana pada aliran klasik yang menganut falsafah pembalasan dalam pembedaan (*retributive*), bermuara pada produknya berupa keadilan *Retributive justice*. Penerapan hukum pidana dengan tradisi aliran klasik di dinilai kurang memberikan dampak yang kompetitif terhadap penyelesaian tindak pidana.

²⁴ *Ibid*, hlm 153

Didalamnya negara memposisikan korban secara pasif dan di fokuskan pada kejahatan perbuatan pelaku kejahatan saja, hal ini terkesan sangat individualistik. Tidak adanya dorongan sama sekali terhadap tindakan untuk mengampuni atau berbuat, membuat hukum pidana terkesan kehilangan moral dan nilai sosial.

Hukum pidana yang berkembang saat ini, ditujukan kepada pendekatan "*Daad-Dader Strafrech*" pada aliran Neoklasik. Dengan paradigma tersebut memberikan penekanan pada individual sentencees, yang pada gilirannya mengembangkan *individual treatment model*, yang pada dasarnya tetap berorientasi pada keadilan *retributive justice*. Dianutnya neoklasik dalam hukum pidana serta sistem peradilan pidana, membawa implikasi pada proses penyelesaian perkara pidana. Dalam hal ini, corak hukum dan sistem peradilan pidana tidak dapat dilepaskan dari politik hukum pidana disuatu negara. Politik hukum pidana inilah yang menentukan orientasi dan pola fikir aparat penegak hukum, yang mengarahkan upayanya dalam keadilan *retributive*.

Upaya dalam pembaharuan hukum pidana dalam rangka proses penegakan hukum sejatinya memberikan memberikan dampak terhadap upaya untuk menjaga agar keberadaan hukum yang diakui di dalam suatu masyarakat dapat tetap ditegakkan. Upaya tersebut pada dasarnya harus menjamin agar setiap warga negara mematuhi hukum yang berlaku di dalam masyarakat yang bersangkutan.

Menurut Rudi Hartono, sejalan dengan asas *restitution in integurm*²⁵, bahwa keseimbangan dalam masyarakat yang telah terganggu (karena tidak dilaksanakan atau dilanggarnya suatu aturan hukum) harus dipulihkan ke keadaan semula, untuk tujuan menciptakan suasana yang teratur, tertib, damai, dan aman, yang merupakan jaminan bagi kelangsungan hidup manusia. Hukum mengatur dan menguasai manusia dalam kehidupan bersama, maka tata hukum bertitik tolak pada penghormatan dan perlindungan manusia. Oleh karena itu, agar perlindungan manusia (*justiabelen*) terlindungi, sesuai dengan *adagium* ”*fiat justitia et pereat mundus*”, hukum harus ditegakkan walaupun langit runtuh, baik dalam keadaan normal atau damai, atau pada saat terjadi pelanggaran hukum.

Dari sisi lain, nilai dari pembaharuan itu sendiri merupakan kebutuhan yang mendesak, karena pidana merupakan dilema bagi manusia. Di satu sisi lain, sebagai sarana untuk melindungi masyarakat dari ancaman kejahatan, tetapi disisi lain dapat menjadi ancaman bagi hak asasi manusia berupa kehilangan kebebasan manusia untuk sementara atau seumur hidup maupun ancaman lainnya.²⁶

²⁵ *Restitution in integurm* memiliki arti kekacauan dalam masyarakat, haruslah dipulihkan pada keadaan semula (aman). Artinya, hukum harus memerankan fungsinya sebagai “sarana penyelesaian konflik

²⁶ Muhari Agus Santoso, *Paradigma Baru hukum Pidana*, Malang: Averroes. 2002. hlm 11

Secara keseluruhan reformasi hukum pidana harus mencakup seluruh komponen tersebut, selain itu pembaharuan hukum pidana juga hendaknya mempunyai karakteristik operasional sebagai berikut seperti yang di kemukakan oleh Muladi²⁷ antara lain :

1. Hukum pidana tidak boleh menghasilkan aspek-aspek yang berkaitan dengan kondisi manusia, alam, dan tradisi Indonesia. Ini berarti harus berpijak pada khasanah dalam negeri kristalisasi opini masyarakat untuk menciptakan ketertiban.
2. Hukum pidana harus menyesuaikan diri dengan kecenderungan yang berkembang pada pergaulan masyarakat beradab. Hal ini berarti hukum pidana juga menyerap wawasan yang berkembang dan dimiliki masyarakat lain, sehingga mampu menyelesaikan konflik-konflik yang bersifat global.
3. Selanjutnya hukum pidana harus memiliki aspek-aspek yang bersifat preventif. Hal ini bertujuan untuk memperkecil terjadinya tindak pidana, karena secara tidak langsung sudah menumbuhkan perasaan enggan (takut) untuk melanggar hukum pidana.
4. Hukum pidana harus tanggap terhadap perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi sebagai meningkatkan fungsi efektifitas di dalam masyarakat. Hal ini berkaitan dengan kemampuan hukum pidana untuk menangkal perkembangan atau bentuk-bentuk baru kejahatan, karena semakin majunya perkembangan pengetahuan dan teknologi.

²⁷ Muladi. *Kapita Selekta...Op.cit.*

Dengan karakteristik tersebut hukum pidana di harapkan menjadi fleksibel dan mampu menyelesaikan persoalan yang tumbuh berkembang seiring dengan perubahan dan perkembangan kemajuan masyarakat yang sangat cepat di era globalisasi ini. Sangat disadari bahwa, hukum pidana yang berlaku sekarang sudah tidak dapat menampung aspirasi masyarakat yang berkembang dinamis, serta tidak sesuai dengan nilai-nilai masyarakat Indonesia. Karenanya pembaharuan hukum pidana dalam rangka menciptakan sistem hukum pidana nasional yang menjadi sangat pening dan mendesak untuk diterapkan.

A.2. Prinsip Keseimbangan dalam Hukum Pidana.

Berbicara pembaharuan hukum pidana tentunya tidak terlepas dari keseimbangan sebagai nilai dari sisi pembaharuan hukum pidana kedepan. Perkembangan hukum pidana di Indonesia dimana secara filosofis didasari atas pemikiran aliran klasik (*clasic school*) atau aliran *Daad- Strafrech* yang memusatkan perhatian pada aspek perbuatan pidana dan berkembang pada abad ke-18. Secara historis aliran klasik merupakan respon atas *aritraiteed ancient regime* Perancis pada abad 18 yang menimbulkan ketidakadilan dan ketidakpastian hukum. Hal ini dipengaruhi oleh paham indeterminisme (*freewill*) yang memandang bahwa manusia dan perbuatannya adalah otonom atau mandiri sehingga dalam perbutannya ialah murni atas pilihannya sendiri tanpa dipengaruhi faktor lain,

aliran klasik mengorientasikan fokus pemidanaan pada objek atau perbuatan pelaku kejahatan (*Daad Strafrech*). Sehingga apabila seorang berbuat tidak pidana maka orang tersebut dapat sertamerta untuk dijatuhi sanksi pidana tanpa melihat faktor subjektifitas dari terjadinya suatu tindak pidana. Implikasi dari hal tersebut menjadi sistem pemidanaan lebih bersifat *definite sentence* atau ditetapkan dengan pasti, sehingga penetapan sanksi berdasarkan undang-undang tidak mengenal istilah peringanan atau pemberatan.²⁸

Menurut Barda Nawawi Arief, dasar pemikiran dari aliran klasik ialah berdasarkan asas-asas berikut : *Pertama*, asas legalitas yang menyatakan bahwa tiada pidana tanpa Undang-undang, dan tiada penuntutan tanpa adanya undang-undang. *Kedua*, asas kesalahan, yang menyatakan bahwa orang dipidanan berdasarkan tindak pidana yang dilakukannya dengan sengaja atau kealpaan. *Ketiga*, asas pengimbangan (pemabasalan) sekuler yang bermakna bahwa secara kongkret tidak dikenakan dengan maksud untuk mencapai sesuatu hasil yang bermanfaat melainkan setimpal dengan berat-ringannya perbuatan yang dilakukan.²⁹ Dalam konteks teori pemidanaan menurut Bambang Purnomo pemikiran aliran klasik secara teoritis seakan sejalan dengan teori absolut atau *retributive*, dimana dalam teori pemidanaan absolut penajatuhan pidana kepada pelaku tindak pidana merupakan akibat mutlak yang harus diterima sebagai suatu bentuk pemabalasan atas perbutannya kepada korban (*vergelding*).

²⁸ Muhammad Sholehidin, *Sistem sanksi dalam hukum pidana; Ide dasar Double Track sistem dan Implenetasinya*, Jakarta, Raja Grafindo Persada, 2004, hlm 25.

²⁹ Muladi dan Barda nawawi Arief , *Teori-Teori dan kebijakan Hukum pidana*, Bandung: Alumni, 1992, hlm 25

Sehingga seakan dasar pembeda dari sanksi pidana ialah kejahatan itu sendiri sehingga dihubungkan dengan tujuan dari hukum pidana maka aliran klasik merupakan cerminan dari perlindungan masyarakat, dan suatu perbuatan pidana harus segera untuk dijatuhi pidana tanpa mempertimbangkan faktor subjek (pelaku).³⁰

Berbeda dengan aliran klasik, sebagai *contrario* dari sebelumnya, aliran modern dalam alur pemikirannya dipengaruhi oleh paham determinisme yaitu paham yang mengajarkan bahwa secara internal manusia dipandang tidak memiliki kehendak dengan bebas, melainkan dipengaruhi oleh berbagai kondisi eksternal yang mempengaruhi dalam berbuat. Dengan demikian, titik sentral atau orientasi pidanaan dari aliran modern ialah terletak pada diri pelaku kejahatan (*daader straferech*), dimana apabila terjadi suatu tindak pidana dijatuhkan semata – mata karena adanya objek perbuatan dan melihat faktor subjektif dan faktor eksternal yang mempengaruhi pelaku. Maka dalam aliran modern pelaku kejahatan tidak bisa dipermasalahkan dan di pidana secara konstan, sehingga dalam aliran modern sistem peringanan atau pemberatan pidana dipertimbangkan dalam menjatuhkan sanksi pidana keada pelaku. Dengan demikian apabila dikaitkan dengan tujuan dari hukum pidana maka aliran modern merupakan cerminan dari perlindungan (kepentingan) individu yaitu pelaku (*daader*)³¹

³⁰ Muhammad Abdul Kholiq, AF, *Pedoman Kuliah Hukum pidana, Yogyakarta*, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia.

³¹ Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori...Op.cit.* hlm 32

Kemudian dalam perkembangan selanjutnya, menanggapi dua aliran sebelumnya telah memunculkan suatu aliran baru yang disebut dengan “*Neo-klasik*”. Sebagai alternatif dari dua aliran sebelumnya, aliran neo-klasik merupakan modifikasi dari aliran klasik dalam merespon pengaruh aliran modern mengenai pertimbangan individual pelaku tindak pidana. Sehingga ciri dari aliran ialah diterimanya keadaan yang meringankan dan memberatkan serta diperkenalkannya saksi dalam menentukan derajat pertanggungjawaban pelaku pidana.³² Sehingga karena merupakan perkembangan dari aliran klasik yang mendapat pengaruh dari aliran modern maka orientasi pemidanaan yang dilakukan merupakan cerminan dari perlindungan masyarakat (negara) dan pelaku (individu) sekaligus. Hal ini dikarenakan tema sentral dari aliran neo-klasik ialah keseimbangan antara perbuatan pidana (*daad*) dan pelaku pidana (*daader*). Dalam artian menyelesaikan perkara pidana selain melihat faktor objektif yang berupa perbuatan pidana, ikut diperhatikan pula faktor subjektif dari pelaku pidana. Dan hal tersebut dimaksudkan untuk memastikan perlindungan kepentingan masyarakat (negara) dan perlindungan kepentingan individu (pelaku) dari kewenangan-wenangan negara.³³

Secara filosofis, RUU KUHP 2016 didasarkan atas pemikiran neo-klasik (*neo-classical school*) atau aliran *daad-daader strafrecht* yang berkembang pada abad ke-19, dimana perhatiannya tidak hanya dipusatkan pada tindak pidana atau faktor objektif (perbuatan atau lahiriyah) saja,

³² Muhammad Sholehuddin, *Sistem Sanksi...op. cit.*, hlm.26

³³ Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana Dalam Perspektif Kajian Perbandingan*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2011), hlm. 12

namun juga dipusatkan terhadap aspek-aspek individual atau faktor subjektif (orang atau batiniah atau sikap batin) dari pelaku tindak pidana. Selain itu, dengan berkembangnya ilmu *victimologi* pasca Perang Dunia II yang membahas tentang korban kejahatan (*victim*) dan menaruh perhatian yang besar pada perlakuan yang adil terhadap setiap korban kejahatan juga ikut berperan sebagai landasan filosofis yang mendasari RUU KUHP 2015.³⁴

Sebagai dasar filosofis RUU KUHP 2015, *daad-daader-victim strafrecht* (keseimbangan) tercermin dalam berbagai ketentuan pasal mengenai tindak pidana pembunuhan dan penganiayaan RUU KUHP 2015 berikut, antara lain: dalam berbagai pasal delik aduan tindak pidana kekerasan fisik berakibat luka ringan Pasal 598 ayat (4), tindak pidana kekerasan psikis berakibat luka ringan Pasal 599 ayat (2) dan tindak pidana kekerasan seksual Pasal 600 ayat (2). Dalam tindak pidana pembunuhan dan penganiayaan RUU KUHP 2015, dijadikannya berbagai ketentuan khusus Pasal 598 ayat (5), Pasal 599 ayat (3) dan Pasal 600 ayat (2) sebagai delik aduan. Berdasarkan Pasal 31 RUU KUHP 2015 pengaduan dapat ditarik kembali dalam jangka waktu 3 (tiga) bulan sejak tanggal pengaduan diajukan, dan apabila pengaduan ditarik maka pengaduan tidak dapat diajukan kembali. Secara lebih lanjut, berbagai pasal tersebut merupakan penerapan dari prinsip keseimbangan antara *daad-daader strafrecht* dan pengaruh dari ilmu viktimologi yang diadopsi dalam sistem hukum pidana mendatang.

³⁴ Nyoman Serikat Putra Jaya, et. Al. *Laporan...op. cit.*, hal. 26, lihat juga rancangan Penjelasan...*op. cit.*, hlm. 203-206, Tim Penyusun, *Draft...op. cit.*, hlm. 106-107, 174-175

Dalam berbagai tindak pidana tersebut, dikriminalkannya berbagai tindak pidana kekerasan dalam rumah tangga yang berakibat luka fisik, psikis maupun seksual ringan, dalam artian tidak menyebabkan terhalangnya korban melakukan aktifitas atau mata pencahariannya sehari-hari lebih merupakan cerminan dari *daad strsfrecht* yang berorientasi pada perbuatan yang patut untuk dipidana. Namun dengan dijadikannya berbagai tindak pidana tersebut sebagai delik aduan dalam kontek terjadi antara suami atau istri sebagai cerminan dari *victim strafrecht* yang berorientasi pada korban.

Hal tersebut dikarenakan sebagaimana yang telah dijelaskan, bahwa dengan dijadikannya tindak pidana antara suami-istri yang berakibat ringan tersebut sebagai delik aduan lebih dikarenakan pertimbangan kerugian yang diterima korban, dimana jika perkata tersebut diakuisisi oleh negara atau menjadi bukan delik aduan justru kerugian yang diterima korban lebih besar dari pada potensi kerugian yang akan diterima oleh masyarakat sebagai korban secara tidak langsung.³⁵ Sehingga dengan dijadikannya berbagai perbuatan tersebut sebagai delik aduan juga merupakan cerminan dari *daader strsfrecht* yang berorientasi pada subjek atau pelaku sebagai suami atau istri dari korban. Hal tersebut tercermin dalam ketentuan Pasal 31 RUU KUHP 2015 dimana pengaduan dapat ditarik kembali dalam jangka waktu 3 (tiga) bulan sejak tanggal pengaduan diajukan, dan apabila pengaduan ditarik maka pengaduan yang ditarik kembali tidak dapat diajukan kembali.

³⁵ *Ibid.*, hlm. 221-222

Berdasarkan penjelasan di atas yang mencerminkan keseimbangan antara unsur objektif (perbuatan lahiriah) dan subjektif (sikap batin). Selain dari penjelasan di atas, implementasi keseimbangan juga terlihat dalam keseimbangan antara kriteria formal dalam asas legalitas formil dan kriteria materil dalam asas legalitas materil Pasal 1 dan Pasal 2 RUU KUHP 2015. Serta dihilangkannya kriteria kualifikasi delik antara kejahatan dan pelanggaran dengan hanya menggunakan istilah tindak pidana.

Dengan demikian, prinsip keseimbangan sebagai dasar ide dasar dalam sebagian pengaturan tindak pidana (*criminal act*) pembunuhan dan penganiayaan dalam RUU KUHP 2015 mencakup prinsip keseimbangan antara kepentingan umum (masyarakat) dan individu (perorangan), keseimbangan kepentingan pelaku (individualisasi pidana) dan korban, keseimbangan unsur subjektif dan objektif perbuatan, serta keseimbangan kriteria formal dan materil.³⁶ Namun meski demikian, terkait keseimbangan perlindungan kepentingan pelaku dan korban dalam tindak pidana pembunuhan penganiayaan RUU KUHP 2015 hanya terlihat dalam ketiga pasal delik aduan yang telah dijelaskan

³⁶ Nyoman Serikat Putra Jaya, et. al. *Laporan...op. cit.*, hlm. 29-30, lihat juga Penyusunan Draft, *op. cit.*, hlm. 106-107

A.3. Asas-Asas Hukum Pidana Islam yang dapat Dikontribusikan dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional.

Latar belakang yang sangat yuridis filosofis kiranya paradigma religious dalam sila ke-1 dari dasar Negara republik Indonesia “Ketuhanan Yang Maha Esa” yang dapat di jadikan dasar filosofis dari didopsinya nilai-nilai agama sebagai bahan pembaharuan hukum pidana Nasional.³⁷ Serta amandeman ke-4 Undang-udnag Dasar 1945 mengenai pegakuan eksistensi kebebasan beragama. Ditambah pasal28E ayat (2) dan Pasal 28H ayat (2) Amandeman ke-4 UUD 1945, dimana setiap orang berhak atas kebebasan meyakini kepercayaan, menyatakan pikiran dan sikap sesuai dengan hati nuraninya, dan setiap orang berhak mendapatkan kemudahan dan perlakuan khusus untuk memperoleh kesempatan dan manfaat yan sama guna mencapai persamaan dan keadilan. Maka berdasarkan pertimbangan ini, diakuinya berbagai prinsip hukum berbasis agama Islam sebagai bahan pembaharuan hukum pidana nasional merupakan hak Konstitusional dan hak sejarah bagi para pemeluk ajaran agama Islam di Indonesia.³⁸

Sebagai wujud dari pembahasan di atas, adopsi nilai hukum Pidana Islam terhadap pembaharuan hukum pidana mempunyai beberapa asas, yang diharapkan berkontribusikan dalam pembaharuan hukum pidana nasional, sebagai berikut :

³⁷ Barda Nawawi Arief, *Pembaharuan Hukum Pidana dama Perspektif Kajian Perbandingan*, Cet 2 , Bandung , Citra Aditya Bati, 2011, hlm 4

³⁸ Muhammad Abdul Kholiq, “*kebijakan Adopsi Nilai Agama (Islam) dalam pembaharuan Hukum pidana*”. Bahan Perkuliahan Pembaharuan Hukum Pidana pascasarjana Fak. Hukum Universitas Islam Indonesia, 2015

1. Asas Keadilan

Berdasarkan Surat An Nisa ayat 58 : Sesungguhnya Allah menyuruh kamu menyampaikan amanat kepada yang berhak menerimanya, dan (menyuruh kamu) apabila menetapkan hukum diantara manusia supaya kamu menetapkan dengan adil. Sesungguhnya Allah memberi pengajaran yang sebaik-baiknya kepadamu. Sesungguhnya Allah Maha Mendengar lagi Maha Melihat. Berdasarkan Surat An Nisa^o ayat 105 :

Sesungguhnya Kami telah menurunkan Kitab Allah kepadamu dengan membawa kebenaran, supaya kamu mengadili antara manusia dengan yang telah Allah wahyukan kepadamu, dan janganlah kamu menjadi penantang (orang yang tidak bersalah), karena membela orang-orang yang khianat.

2. Asas Manfaat

Surat Al Maidah ayat 119 :

Inilah saat (hari) orang-orang yang benar (pada tutur kata dan amal perbuatan) memperoleh manfaat dari kebenaran mereka. Mereka memperoleh surga yang mengalir di bawahnya sungai-sungai, mereka kekal di dalamnya selama-lamanya. Allah ridha kepada mereka, dan merekapun ridha kepadaNya. Itulah kemenangan yang agung. Allah menurunkan setiap ayatNya yang tertulis dalam Al- Qur'an sudah pasti untuk kemanfaatan hidup dan kehidupan manusia di dunia dan akhirat.

3. Asas Keseimbangan

Asas keseimbangan berdasarkan surat Al Baqarah ayat 178, 179, Surat An-Nisa" ayat 92 dan 93.

4. Asas Legalitas (*The Principle of Legality*)

Pada dasarnya semua mukallaf itu bebas melakukan perbuatan apa saja dalam hubungannya dengan sesama, selama tidak ada hukum yang melarang. Di dalam ilmu Ushul Fiqh para ulama telah membuat kaidah yang menyatakan "asal segala sesuatu itu adalah dibolehkan sehingga ada dalil yang mengharamkan".

5. Asas dilarang memindahkan kesalahan kepada orang lain

Surat Al Isra" ayat 15, bahwa "Dan seorang yang berdosa tidak dapat memikul dosa orang lain, dan Kami tidak akan mengazab sebelum Kami mengutus seorang Rasul.

6. Asas Praduga Tidak Bersalah (*Presumption of Innocence*)

Setiap orang dianggap tidak melakukan kejahatan, kecuali dibuktikan kesalahannya itu tanpa keraguan. Dan jika tanpa bukti atau ada keraguan yang beralasan, maka seseorang tertuduh itu harus dibebaskan demi hukum. Rasulullah menyatakan bahwa seorang penguasa itu apabila salah dalam membebaskan seseorang itu lebih baik daripada salah dalam menghukum.

7. Asas Tidak Sahnya hukuman karena keraguan

Syariat Islam menetapkan bahwa seseorang itu harus diyakini telah melakukan tindak pidana sebelum dijatuhi hukuman.

Oleh karena itu, jika ada keraguan dalam perbuatan yang dilakukannya, maka hukuman tidak boleh dilaksanakan.

8. Asas tidak berlaku surut (Non Retroaktif / *Atsar Raj'i*)

Peraturan pidana dalam hukum pidana Islam berlaku sejak ditetapkannya dan tidak berlaku terhadap peristiwa yang terjadi sebelum peraturan itu dikeluarkan.

Surat An Nisa^o ayat 22 : Janganlah kamu mengawini wanita-wanita yang telah dikawin oleh ayahmu kecuali apa yang terjadi di masa yang lalu. Sesungguhnya perbuatan itu amat keji dan dibenci oleh Allah. Dan perbuatan demikian adalah seburuk-buruk jalan.

Surat An Nisa^o Ayat 23 : Dan diharamkan bagimu untuk menghimpun (dalam perkawinan) dua perempuan yang bersaudara, kecuali yang terjadi pada masa lalu.

Surat Al Maidah ayat 38 :

Laki-laki yang mencuri dan wanita yang mencuri, hendaklah dipotong tangan keduanya Pengecualian dari prinsip tidak berlaku surut : a. Pada jarimah yang sangat berbahaya dan mengancam ketertiban umum, yaitu untuk jarimah Qadzaf dan Hirabah b. Dalam keadaan yang menguntungkan bagi tersangka

9. Asas Pemberian Maaf

Dalam hukum pidana Islam dikenal asas pemberian maaf, khususnya dalam jarimah pembunuhan. Dalam pembunuhan terkandung hak Allah sekaligus terkandung pula hak insani.

Dalam tindak pidana pembunuhan sengaja seperti yang ditentukan dalam Surat Al Baqarah ayat 178, dan pembunuhan tidak sengaja seperti yang diatur dalam surat An Nisa^{''} ayat 92.

Demikian pula dalam ayat-ayat yang lain, seperti dalam surat Al Imran ayat 134 ditentukan bahwa Allah menyukai orang yang memaafkan kesalahan orang lain.

- 1) Allah memerintahkan agar kita memaafkan kesalahan orang lain, juga diatur dalam surat Al Baqarah ayat 109
- 2) Surat Ali Imran ayat 134 dan 159, Allah memerintahkan agar kita memaafkan, memohonkan ampun bagi orang lain yang bersalah, dan bermusyawaraha dalam menyelesaikan urusan
- 3) Surat An Nisa^{''} ayat 149, Allah menyatakan agar kita memaafkan orang yang melontarkan ucapan-ucapan buruk kepada orang lain, sesungguhnya Allah Maha Pemaaf lagi Maha Kuasa.
- 4) Surat Al Maidah ayat 13 , Allah menyatakan agar kita memaafkan kesalahan orang yang melanggar janji.
- 5) Surat Al-Araf ayat 199, Allah memerintahkan kita agar kita menjadi orang pemaaf, dan berpaling dari orang-orang yang bodoh sebagai dasar-dasar *al akhlakul-karimah*.
- 6) Surat An Nur ayat 22, Allah memerintahkan agar kita memaafkan agar kita memaafkan dan berlapang dada.

10. Asas Musyawarah

Dalam proses memaafkan kesalahan orang lain, khususnya dalam tindak pidana pembunuhan, terkandung pula asas musyawarah. Asas musyawarah, diantaranya berdasarkan surat Al Imran ayat 159 :

Kiranya fungsi agama Islam sebagai upaya mengapopsi nilai-nilai hukum pidana Islam dapat mengakomodir dalam pembaharuan hukum pidana kedepan, D Hendropuspito³⁹. Mengajukan adanya lima fungsi agama yaitu fungsi edukasi, fungsi penyelamatan, fungsi pengawasan sosial, fungsi memupuk persaudaraan, dan fungsi transformatif. Agama berfungsi memberikan bimbingan dan pengajaran yang otoritatif, bahkan mengenai hal-hal yang sakral tidak dapat salah, ini merupakan fungsi edukatif dari agama. Fungsi penyelamatan berkaitan dengan agama memberikan jaminan memperoleh keselamatan baik di dunia maupun sesudah mati yang dibutuhkan manusia menurut nalurinya. Selanjutnya, fungsi pengawasan sosial merupakan fungsi agama untuk menjaga tertib sosial dengan menyelenggarakan kepatuhan terhadap norma-norma, dan jika terjadi penyimpangan agama mengancam dengan sanksi. Norma-norma ini sebagai ketentuan moral yang memiliki kekuatan mengawasi perilaku para pemeluknya.

³⁹ Hendro Puspito, *Sosiologi Agama*, Yogyakarta: Kanisius, 1989, hlm 40-55

Kemudian memiliki fungsi memupuk persaudaraan diantara orang-orang yang berasal dari beraneka suku bangsa, golongan yang dapat disatukan dalam suatu keluarga besar umat beragama yang beriman. Serta fungsi yang lain adalah transformatif; fungsi yang berhubungan dengan usaha mengubah bentuk kehidupan bermasyarakat yang lama menjadi bentuk yang baru. Hal ini dapat berarti mengganti nilai-nilai yang lama dengan menanamkan nilai-nilai baru.⁴⁰

B. Mediasi Pidana Sebagai Sarana Pembaharuan Hukum Pidana

Mediasi pidana sebagai salah satu upaya penyelesaian tindak pidana antara pelaku dengan korban disuatu kondisi dan lingkungan yang ada didalam masyarakat. Upaya pengaturan mediasi pidana memerlukan kajian yang mendalam tidak terbatas hanya pada pendekatan yuridis normatif dan sistematik dogmatik. Tetapi lebih luas yang merupakan kajian kebijakan hukum pidana.⁴¹

Hukum pidana selayaknya sangat perlu memperhatikan pendekatan humanistik dalam penggunaan sanksi pidana guna membangkitkan kesadaran pelaku tindak pidana akan menilai kemanusiaan dan nilai-nilai pergaulan hidup bermasyarakat. Marc Ancel⁴² seperti dilansir oleh Barda Nawawi Arief

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Hukum Pidana: Perkembangan Penyusunan Konsep Baru*, Jakarta: Kencana, 2008, hlm 20

⁴² Marc Ancel sebagaimana yang dikutip Barda Nawawi Arif adalah diantara Studi studi yang mengenai faktot-faktor kriminologis di satu pihak dan studi mengenai tehnik perundang-undangan di lain piak, ada tempat bagi suatu ilmu pengetahuan yang mengamati dan menyelidiki fenomena legislatif dan bagisuatu seni yang rasional, di mana para sarjana dan praktisi, para ahli kriminologi dan sarjana hukum dapat bekerja sama tidak sebagai pihak yang saling berlawanan atau berselisih, tetapi sebagai kawan sekerja yang terkait di dalam tugas bersama, yaitu untuk menghasilkan sistem hukum pidana yang realistik, humanis dan berfikir maju (Progresif)

menyatakan pertanggung jawaban yang didasarkan kebebasan individu merupakan kekuatan penggerak yang utama dari proses penyelesaian-sosial. Masalah determinasi dan indeterminasi merupakan sebuah problem filosofis yang berada dalam ruang lingkup dalam hukum pidana. Tujuan utama tiap perlakuan adaptasi sosial harus diarahkan pada perbaikan penguasaan diri sendiri. Oleh karena itu, pertanggung jawaban harus tidak boleh diabaikan.

Pertanggungjawaban yang dimaksudkan menurut Marc Ancel berlainan dengan pandangan klasik yang mengartikan sebagai pertanggung jawaban moral secara murni, dan berbeda pula dengan pandangan positivisme yang mengartikan pertanggung jawaban menurut hukum atau atau pertanggungjawaban objektif. Pertanggungjawaban pribadi menurut Marc Ancel menekankan pada perasaan kewajiban sosial terhadap anggota masyarakat yang lain dan juga mendorong untuk menyadari moralitas sosial.

43

Penyelesaian perkara setidaknya tidak menempuh mekanisme sebagaimana tertuang dalam sistem peradilan pidana. Sudarto mengemukakan dalam praktek sehari-hari polisi tidak selalu meneruskan perkara ke kejaksaan, meskipun tersangkanya ada dan tidak ada keragu-raguan tentang pelanggaran yang ia lakukan. Ini terutama mengenai perkara-perkarayang kecil dan tidak membahayakan masyarakat. Pilihan kepolisian untuk tidak meneruskan suatu perkara ke kejaksaan menurut soedarto sebagai kontrol negatif.

⁴³*Ibid.* hlm 35-36

Kontrol negatif kedudukan kedudukan lembaga penegak hukum adalah sejajar dan penanganan perkara pidana akan dilakukan sesuai dengan perkara yang dilimpahkan oleh lembaga yang pertama memeriksa, melakukan pelimpahan perkara atau tidak. Instansi-instansi tersebut masing-masing menetapkan hukum dalam bidang dan wewenangnya. Apabila polisi hanya memberikan teguran kepada orang yang melanggar lalulintas dan tidak meneruskan perkaranya ke kejaksaan, merupakan suatu penerapan hukum sebagai bagian dari penegakan hukum. Apa yang dilakukan aparat penegak hukum dalam kontrol negatif tersebut harus sesuai dengan nilai-nilai yang hidup dalam masyarakat.⁴⁴

Mediasi merupakan salah satu alternatif yang dapat mempertimbangkan sebagai sarana bagi penanggulangan tindak pidana. Dalam konteks penanggulangan tindak pidana di Indonesia, mediasi pidana memiliki landasan yang kuat mengingat hukum yang hidup di dalam masyarakat diberbagai wilayah Indonesia menunjukkan pola penyelesaian perkara pidana melalui perdamaian, melalui mekanisme mediasi dan rekonsiliasi dengan mengutamakan musyawarah kekeluargaan. Hal ini sejalan dengan pandangan dalam kongres PBB⁴⁵ ke-4 yang menekankan perlunya dikembangkan dan dimanfaatkan seluruh potensi dukungan dan partisipasi

⁴⁴ Sudarto, *Kapita Selekta Hukum Pidana*, Bandung: Alumni, 1986, hlm 119-121.

⁴⁵ Salah satu kesimpulan Konvensi Hukum Nasional (Maret 2008) yang menyatakan : ”Penegakan hukum dan sikap masyarakat terhadap hukum tidak boleh mengabaikan keadaan dan dimensi waktu saat hukum itu ditetapkan/ berlaku”. Lihat Laporan Kongres PBB IX/1995 juga menyatakan : *Criminal justice operations should be part of a policy of sustainable development*. Dalam Barda Nawawi Word Press.com acces 28 Sep 2016.

masyarakat dan upaya untuk mengefektifkan dan megembangkan informal dan tradisional sistem dalam masyarakat.⁴⁶

Nampaknya pembaharuan penegakan hukum (peradilan) melalui pendekatan kultural-religius tidak banyak dapat diharapkan karena menghadapi hambatan juridis formal. Seolah-olah dalam pandangan dunia praktek, nilai-nilai kultural religius itu baru dapat diwujudkan apabila telah ada pembaharuan substansial (UU/substansi hukum)-nya lebih dulu.

Padahal, pembaharuan (reformasi/rekonstruksi) dapat ditempuh melalui dua jalur, tidak hanya melalui jalur “rekonstruksi substansial/normatif” (lewat jalur legislatif), tetapi juga melalui jalur “pembaharuan/rekonstruksi kultural”. Rekonstruksi kultural/budaya hukum pada hakikatnya mencakup rekonstruksi konseptual, rekonstruksi nilai/ide dasar, rekonstruksi pemikiran hukum/juridis (*legal/juridical thinking*) dan pembaharuan/rekonstruksi ilmu. Rekonstruksi kultural yang demikian itu, tentunya dapat dilakukan pada tahap legislasi/formulasi (*law making*) maupun pada tahap aplikasi/judisial (*law enforcement*).

Rekonstruksi kultural di bidang penegakan hukum, lebih tertuju pada pembaharuan ilmu hukumnya (identik dengan pembaharuan konstruksi berfikir hukum), yaitu tidak hanya berorientasi pada konstruksi Ilmu Hukum Positif (warisan Belanda), tetapi mengembangkan “konstruksi berfikir hukum

⁴⁶ Barda Nawawi Arief, *Op.Cit.* hlm 47

secara integral kontekstual” dengan berorientasi pada nilai-nilai budaya hukum nasional, antara lain⁴⁷ dengan pendekatan kultural-religius.

Mediasi pidana juga dapat tercermin dalam penyelesaian secara musyawarah dalam pandangan masyarakat Indonesia dan tidak terlepas dari asas kerukunan sebagaimana pandangan dari Moh. Koesno. Asas kerukunan adalah suatu asas yang isinya berhubungan erat dengan pandangan dan sikap orang menghadapi hidup bersama di dalam suatu lingkungan dengan sesamanya untuk mencapai suatu hidup bersama.

Dalam asas ini orang dilihat dalam kehidupan bermasyarakat tidak dapat dipisahkan dari yang lainnya. Satu sama lain bergantung saling memerlukan, sehingga sama-sama menjadi perhatian sepenuhnya dari masing-masing demi untuk terwujudnya dan bertahannya kehidupan bersama. Segala hal diperhatikan dalam asas kerukunan tidak sekedar untuk atau rugi namun juga segala perasaanya dengan sentimennya, cinta, benci, benci, simpati, antipati, yang baik dan yang kurang baik.⁴⁸

Ajaran musyawarah selalu menghasilkan kesepakatan yang mufakat, mufakat ajaran untuk menunjukkan kepada pembentukan kehendak bersama antara dua orang atau lebih, dimana masing-masing berpangkal dari suatu perhitungan untuk melindungi kepentingannya masing-masing sejauh dimungkinkan.

⁴⁷ Dikatakan ”*antara lain*” karena pendekatan nilai-nilai budaya hukum nasional (yang identic dengan pen-ekatan budaya hukum Pancasila), terdiri dari pendekatan religius/ber-Ketuhanan, pendekatan humanistic/berkemanusiaan, dan pendekatan kemasyarakatan (nasionalistik/demoraktik-kerakyatan, dan berkeadilan sosial)

⁴⁸ Moh. Koesno, *Catatan-catatan Terhadap Hukum dat Dewasa Ini*, Surabaya: Airlangga University Press, 1979, lm 44

Ajaran ini merupakan penyelesaian terhadap perbedaan kepentingan pribadi seseorang terhadap orang lain atas dasar perundingan antara yang bersangkutan. Perundingan diarahkan kepada titik-titik yang berbeda antara kehendak atau pendirian masing-masing pihak, melalui tawar-menawar diusahakan untuk sampai kepada persamaan pendirian atau kehendak mengenai apa yang tidak sesuai. Dengan masing-masing pihak harus saling menerima dan memberi untuk sampai persamaan kehendak atau pendapat itu disebut sebagai persetujuan. Dan proses pembetulan itu disebut sebagai permufakatan.⁴⁹

Ajaran mufakat tersebut kira dapat tercermin sebagai salah satu wadah bagaimana mediasi dalam kasus pidana dapat terselesaikan. Mediasi pidana menjadi memiliki landasan untuk dapat diterapkan dalam sistem peradilan pidana di Indonesia, karena adanya ajaran musyawarah dan mufakat dalam upaya penyelesaian penyelesaian tindak pidana dalam masyarakat dengan mengacu pada hukum adat yang berlaku di Indonesia. Mediasi pidana sebagai pendekatan *restorative justice* dapat pula dijelaskan dengan menggunakan pendekatan dua dimensi sebagai mana yang dikemukakan oleh Kenneth W. Thomas dan Ralph H. Kilmann dengan modifikasi sebagaimana dikembangkan dalam konsep Wachtel and McCold dalam Brian G Steele yang disebut sebagai *The Social discipline windows*.⁵⁰

⁴⁹ *Ibid*, hlm 46

⁵⁰ Brian G Steel, *The Use of Restorative Practices in Scottish School: building Relationship and Managing Behavior*, North Lanarkshire Council, 29 Oktober 2008, hlm 7

Dalam teorinya mereka menjelaskan, ada beberapa pembagian dalam teori *restoratif justice* yaitu yang pertama adalah *punitive*, hal ini terjadi kontrol yang tinggi sedangkan pada Support atau kandungan rendah. Apabila kontrol selalu digunakan sedangkan dengan dukungan tidak dilakukan maka cenderung terjadi penghukuman. Pada sistem peradilan pidana yang menekan pada penghukuman maka cenderung menekan pada kontrol perilaku, namun tidak memberikan dukungan agar perilaku tidak melakukan tindak pidana.

Kedua *restotastive*, kontrol dan dukungan sama tingginya menjadi penyelesaian perkara atau permasalahan ditakutkan dengan pemulihan keadaan, perilaku yang diketahuui melanggar ketentuan akan memberikan pengarahan dan tuntutan. Tidak semata-mata hanya disalahkan. Pada sistem peradilan pada pidana pendekatan yang dapat digunakan adalah pendekatan *restorative justice* dalam hal ini adalah mediasi pidana. Ketiga *Neglectful*, kontrol dan dukungan masyarakatnya yang menjadikan pelaku tidak pernah menyadari perbuatan yang dilakukan adalah keliru dan tidak benar, sebab tidak ada yang mengingatkan.

Keempat *Premissive*, kontrol rendah sedangkan dukungan tinggi menjadikan pelaku selalu merasa benar terhadap setiap tindakan yang dilakukan, karena apa yang dilakukan selalu mendapatkan dukungan.

Melihat keseluruhan sistem hukum di era modern pada akhirnya mengatur hak dan melakukan pembalasan terhadap pelaku tindak pidana yang tidak memperhatikan seorang yang menjadi korban, tetapi negara mengambil alih dengan segala aparat pelaksanaannya,

dalam hal ini adalah aparat penegak hukum.⁵¹ Penyelesaian perkara pidana umumnya hanya melibatkan empat pihak dalam proses penegakan hukum, yaitu penyidik, Jaksa Penuntut umum, Hakim dan Pelaku tindak pidana. Adapun posisi korban telah diwakili oleh jaksa penuntut umum, korban tidak menjadi pihak dalam proses penegakan hukum. Jika korban terlihat dalam penegakan hukum, umumnya hanya menjadisaksi korban yang memberikan keterangan di dalam persidangan, sebagai salah satu bukti untuk menuntun si pelaku tindak pidana bersalah atau tidak.⁵²

Posisi korban tidak terkomodir dengan baik dalam sistem peradilan pidana menyebabkan ada rasa tidak puas di pihak korban sehingga menimbulkan gerakan-gerakan yang berupaya menempatkan korban kembali dalam sistem peradilan pidana. Tentunya Upaya untuk menempatkan kembali korban dalam sistem peradilan pidana memunculkan berbagai alternatif dalam penyelesaian perkara pidana khususnya melalui pendekatan *restorative justice*, yang menghendaki adanya perubahan dan membentuk kembali sistem peradilan pidana yang salah satunya untuk lebih memperhatikan kedudukan korban tindak pidana adalah mediasi pidana.

Ada beberapa hal yang perlu dicermati guna terwujudnya mekanisme mediasi pidana secara umum untuk kasus pidana secara masif yaitu;

1. Menyamakan terkait prosedur acara dalam penanganan perdamaian para pihak;

⁵¹ Riduan Syahrani, *Beberapa Hal Tentang Hukum Acara Pidana*, Bandung: Alumni, 1983. Hlm 113.

⁵² *Ibid*, hlm 107

2. Mencari masukan tentang peranan perdamaian dalam rangka penyelesaian perkara pidana yang ditangani;
3. Mencari payung hukum yang baik dan benar dalam rangka penanganan mediasi atau bentuk lain dari *restorative justice* yang dapat digunakan dalam penanganan perkara pidana .;

Selain dari mekanisme yang perlu dibangun dalam implementasi konsep mediasi, maka perlu dilihat dari segi substansi dan objek yang dikaji secara mendalam dalam hukum pidana. Penulis mencoba membaginya dengan 5 (lima) hal sebagai berikut;

1. Mediasi pidana adalah sebuah keniscayaan, mengapa tidak “ melihat dari historis yang dulu mediasi di selesaikan secara privat. Kemudian setelah ada instrument negara, maka di ambil alih sistem hukum di Negara seperti sekarang. Jadi *restorative justice* merupakan ulangan dari sejarah kembali yang ke masa lalu
2. Perlu di deskripsikan dengan baik perdamaian dalam pidana : hambatan, tantangan dan manfaat perdamaian dalam perkara pidana
3. Perdamaian dan *restorative justice* dalam rangka penyelesaian perkara tindak pidana dengan pendekatan kekeluargaan dan perdamaian membutuhkan payung hukum.
4. Benarakan mediasi pidana merupakan usaha mengisi kelemahan sistem peradilan pidana dengan RJ kelemahan SPP yang bisa menghukum orang yang tidak beresalah

5. Ketika berhadapan antara pilihan keadilan dan kepastian hukum, maka didahulukan dengan keadilan.

B.1. Mediasi Pidana dalam Teori Tujuan Pidanaan.

Ide dasar mediasi pidana jika melihat dari perkembangan tujuan pidana Tujuan pidana merupakan bagian yang sangat mendasar dalam pengaturan hukum pidana. Sebab perkembangan peradaban suatu bangsa dapat ditentukan secara perlakuan terhadap para pelaku tindak pidana,⁵³ dan juga korban tindak pidana. Apabila tujuan pidana tidak sekedar memperhatikan masalah pelaku tindak pidana namun juga korban tindak pidana maka perumusan tujuan pidana dalam RUKUP Indonesia menjadi relevan diperhatikan.

Tujuan pidana sebagai mana dirumuskan dalam Pasal 54 ayat (1) RKUHP 2010 adalah : *Pertama* mencegah dilakukan tindak pidana dengan menegakkan norma hukum demi pengayoman masyarakat. *Kedua*, memasyarakatkan terpidana dengan mengadakan pembinaan sehingga menjadi orang baik dan berguna, *ketiga*, menyelesaikan permasalahan yang timbul oleh tindak pidana, kemudian memulihkan keseimbangan dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat. *Keempat*, membebaskan rasa bersalah pada terpidana.⁵⁴ Pendapat muladi menyatakan arah dari tujuan pidana dalam RKUHP bersifat universal.

⁵³ Romli Atmasasmita, *Kapita Selekta Hukum Pidana dan Kriminologi*, Bandung : Mandar MAju, 1995, hlm 90

⁵⁴ Penjelasan Pals 54 ayat (1) RKUHP menjelaskan: "Pidanaan merupakan suatu proses. Sebelum proses ini berjalan, peranan hakim penting sekali, ia mengkonkritkan sanksi pidana yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan dengan menjatuhkan pidana terhadap tertuduh dalam kasus tertentu. Ketentuan dalam Pasal ini dikemukakan tujuan dari pidana yaitu sebagai

Seperti penjelasan bab sebelumnya bahwa penyusunan tujuan pemidanaan menganut pandangan *Daad-dadeer Stafrecht*, yang tidak lain adalah fasafah pemidanaan yang bersifat neo klasik, yang dianut umumnya oleh negara-negara di Dunia.⁵⁵ Perkembangan tujuan pemidanaan tersebut tidak lepas dari teori keseimbangan “*Mono Dualistik*” Yaitu konsep Pemikiran yang memperhatikan secara seimbang antara dua kepentingan pokok yang harus dilindungi dalam hukum pidana,yaitu: Kepentingan Masyarakat atau jika diperluas termasuk Negara di dalamnya selanjutnya disebut *Daad Strafrecht* dan kedua adalah Kepentingan Individu (c.q *Victim maupun Offender*) yang disebut sebagai Daader Strafrecht. Maka Bertolak dari pemikiran di atas kemudian Lahir Konsep Baru: *Daad-Dadeer Strafrecht* atau dalam versi lain *Daad-Stolen-Dadeer Strafrecht*.⁵⁶

Keseimbangan *Mono-Dualistik* secara substansi, melihat antara kepentingan umum atau masyarakat dan kepentingan individu atau perorangan yang kemudian hasilnya menjadi kepentingan yang mencakup baik kepentingan individu dalam hal ini korban dan juga kepentingan Individu sebagai pelaku. Unsur dari keseimbangan *Mono-Dualistik* itu sendiri antara unsur / faktor objektif (Perbuatan Lahiriah berupa delik) dan

sarana perlindungan masyarakat, rehabilitasi, dan resosialisasi, pemenuhan pandangan hukum adat, serta aspek psikologis untuk menghilangkan rasa bersalah bagi yang bersangkutan.

⁵⁵ *Daad-dadeer Stafrecht* yaitu hukum pidana yang memperhatikan segi-segi objektif dari perbuatan (Daad) dan juga segi-segi Subjektifitas dari orang atau pembuat (dader), Lihat Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum pidana :Perkembangan Penyusunan Konsep KUHP Baru*, Jakarta : Kencana, 2008, hlm 97.

⁵⁶ M. Abdul Kholiq AF, Meteri Kuliah Pembaharuan Hukum pidana “*Konsep Pemikiran Baru Hukum Pidana*”, Magister Hukum Universitas Islam Indonesia. 2015.

unsur / faktor Subjektif (Orang / Sikap Batin Pelaku Delik). Serta didalamnya terdiri dari sisi kriterinya antara Kepastian Hukum dan keadilan Hukumnya.⁵⁷

Jadi dapat penulis simpulkan manifestasi dari teori *Daad-Dadeer Strafrecht* adalah Menekankan secara seimbang antara aspek pelarangan & pemidanaan terhadap perbuatan jahat seseorang (untuk melindungi kepentingan Korban dan masyarakat atau publik) dan aspek pelaku kejahatan (untuk melindungi kepentingan individualnya dari kesewenangan pemidanaan penguasa atau negara).

Romli Atmasasmita Menyatakan aliran Neoklasik yang dikemukakan Muladi sebagai sifat mansiawi dan menggambarkan pertimbangan kepentingan secara proporsional,⁵⁸ perlu perimbangan ulang sabagai aliran yang perlu dianut dala penyusunan RKUHP, Hal ini tidak terlepas karena hukum pidana merupakan *pedang bermata dua*. Romli atmasasmita berpendapat tujuan pemidanaan berupa penyelesaian kedua belah pihak yang ditimbulkan oleh tindak pidana, adalah memulihkan keseimbangan dan mendatangkan rasa damai dalam masyarakat merupakan konsep yang kontroversial sebab mengandung *contradici in conceptus*.

⁵⁷ *Ibid.* hlm.6

⁵⁸ Karakteristik Neoklasik adalah Modifikasi Doktrin Kebebasan kehendak dasar Usia Patologi dan lingkungan: *Daad-dadeer Stafrecht*; *meggalakan exper testimony*; mengambangkan hal-hal yang meringankan dan meperberat pemidanaan; serta pengebangan *Double Track system* yakni pidana dan tindakan, perpaduan antara *Justice* model perlindungan terhadap hak-hak tedakwa-terpidana termasuk pengembangan *non-institusional treatment* (Tokyo Rules) dan dekriminalisasi dan depnelaisasi. Lihat Romli Atmasasmita, *Op,cit*, hlm 82.

Kemudian upaya penyelesaian sengketa bukan merupakan suatu kewajiban bagi hukum pidana, apalagi dijadikan tujuan pemidanaan, sebab akan menghilangkan sifat suatu perbuatan sebagai penyelesaian perkara pidana dalam praktek peradilan., dan akan mempersulit kedudukan dan peran hakim pidana untuk memperhatikan objektivitas putusannya. Penyelesaian sengketa pidana, memulihkan keseimbangan dan mendatangkan rasa damai sangat subjektif, karena sangat tergantung pada siapa dan peran apa yang dimainkan oleh para aktor di dalam suatu proses peradilan pidana.⁵⁹

Kritikan oleh Romli Atmasasmita menurut pandangan Barda Nawawi Arief adalah wajar, mengingat perumusan tujuan pemidanaan dalam RKUHP memang sering diperdebatkan, baik perlu tidaknya perumusan tujuan pemidanaan maupun berkenaan dengan muatan isi dari tujuan pemidanaan. Perumusan tujuan pemidanaan didasarkan pada pokok pemikiran: sistem hukum pidana merupakan alat atau sarana untuk mencapai tujuan: Tujuan pidana yang merupakan bagian integral atau sub sistem dari keseluruhan sistem pemidanaan; perumusan tujuan pemidanaan dimaksudkan sebagai fungsi pengendali dan sekaligus memberikan dasar atau landasan filosofis, Rasionalitas, Motivasi dan justifikasi pemidanaan. Jika dilihat dari segi fungsionalnya, sistem merupakan suatu rangkaian proses melalui tahap formulasi, tahap aplikasi dan tahap eksekusi, oleh karena itu, agar ada

⁵⁹ *Ibid*, hlm 92

keterjalinan dan keterpaduan ketiga tahap sistem pemidanaan diperlukan perumusan tujuan pemidanaan.⁶⁰

Adanya tujuan pemidanaan menurut pandangan Barda Nawawi Arief, menjadi dasar pembenaran adanya pidana tidak hanya pada tindak pidana dan kesalahan, tetapi juga pada tujuan dan pedoman pemidanaan. Apabila hakim dalam kondisi tertentu dapat memberikan maaf dan tidak menjatuhkan pidana atau apapun, walaupun Tindak Pidana dan Kesalahan Terbukti. Melalui tujuan dan pedoman pemidanaan maka ide permaafan atau pengampunan hakim dapat diterapkan. RKUHP melalui pengaturan tujuan dan pedoman pemidanaan menganut model keseimbangan yang fleksibel atau elastis, yang berfungsi sebagai katup pengaman atau pintu darurat.⁶¹

Muladi menegaskan tujuan pemidanaan baik atas dasar tujuan prevensi sosial, prevensi general, maupun pembebasan rasa bersalah. Pernyataan bahwa pidana tidak boleh menderitakan dan tidak boleh merendahkan martabat manusia, sesuai dengan *UN Declaration againt Torture and other Cruel, inhuman or Degrading Treatment of Punishment*.⁶²

Penyusunan tujuan pemidanaan tidak terlepas dari pergeseran teori pemidanaan. Teori pemidanaan medical model yang berasal dari pandangan aliran modern sejak permulaan Tahun 1070 mulai diragukan kemampuannya dalam puanya penegakan hukum pidana.

⁶⁰ Barda Nawawi Arief, “*Tujuan dan Pedoma Pemidanaan dalam Konsep RUU KUHP* dalam Sri Windarti (ed), Mardjono Reksodiputro: Pengabdian Seorang Guru Besar Hukum Pidana, Jakarta: Studi Hukum Pidana, Sentra HAM dan Badan Penerbit FH UI, 2007, hlm 64

⁶¹ *Ibid*, hlm. 69

⁶² Muladi, *Op.cit*, hlm 54

Teori *medical model* yang menitik beratkan pada teori reformasi dan rehabilitasi individual banyak di kritik karena dianggap tidak efektif karena menjadikan terpidana sebagai subjek pengakuan yang arbitrer dan program-program perbaikan yang intrusif serta mengakibatkan disparitas pidana yang tajam. Pembiayaan penyelenggaraan kelembagaan berdasarkan teori ini dianggap sangat mahal, dan tidak dapat disesuaikan diri dengan perkembangan zaman dalam program-program pencegahan dan peradilan pidana.

Justice model menjadi teori pemidanaan yang berkembang untuk lebih memperhatikan keadilan dan kejujuran. Pemidanaan diharapkan bersifat proporsional dengan beratnya tindak pidana dan derajat kesalahan si pelaku serta resiko kerugian yang diakibatkan oleh tindak pidana. *Justice model* tampak pandangan klasik, namun terdapat perbedaan dengan adanya perlindungan terhadap pelaku tindak pidana, khususnya yang berada di dalam penjara, teori *justice model* dikenal sebagai pandangan neo klasik.

Justice model dikembangkan oleh Sue Titus Reid sebagai reaksi terhadap *medical model* yang dikenalkan dengan model *just desert model* menekankan pada dua teori tujuan pemidanaan, yaitu pencegahan dan retribusi. Sanksi yang tepat akan mencegah para pelaku tindak pidana mengukangi perbuatan dan mencegah orang lain untuk melakukan tindak pidana.

R. Budi Wicaksono berkeyakinan pemikiran dikembangkan oleh Sue Titus Reid tentang *Justice model* berupa *Just deser* merupakan dasar berkembangnya pendekatan *restorative justice*.⁶³

Timbulnya pegerakan reformasi hukum pidana memberikan gagasan sosial sebagai sarana mempertimbangkan dalam proses penyelesaian tindak pidana. Gagasan yang memberikan perhatian kepada korban tindak pidana menekankan pemulihan kerugian harata benda, luka fisik, keamanan, harkaat dan martabat serta keputusan terhadap pencapaian keadilan. Pendekatan nilai sosial serta moralitas dalam keseharian kehidupan di masyarakat dapat dijadikan sarana penyelesaian tindaka pidana dengan mempertemuakan anantara korbandnegan si pelaku dalam bentuk mediasi pidana.

T.Gayus Lumbun⁶⁴ menilai langkah mediasi pidana sebagai pembaharuan hukum pidana tidak terlepas dari nilai moral dan sosial yang ada didalam masyarakat. Menurutnya mediasi pidana perlu berikan batasan dalam hal implementasinya karena tidak semua mediasi pidana dapat diterapkan di semua tindak pidana. Dalam hal ini memberikan pertimbangan bagaiman prefensi penerapan tersebut dapat di lakukan:

Pertama, kasus-kasus yang pelaku (atau tersangka pelaku tidak melibatkan negara, atau, dapat puda dipriortaskan untuk tindak pidana yang termasuk kategori delik aduan.

⁶³ R. Budi Wicaksono, *Community Plicing dan Restorative Justice* Sebagai Paradigma Baru dalam Resolusi konflik, tesis, FIPS UI, 2008, akses 29 sep 2016. Hlm 50

⁶⁴ T Gayus Lumbun, "*Alternatif Dispute Resolutions didalam Sistem Peradilan Pidana*," Makalah Workshop, Jakarta, 18 Januari 2007

Disamping itu dapat diperluas mencakup tindak pidana yang korbannya adalah masyarakat atau warga negara sehingga mereka sendiri yang mengungkapkan tingkat kerugian yang dialami.

Kedua, tindakan pidana yang walaupun melibatkan negara (sebagai tersangka pelaku), tetapi memerlukan penyelesaian mengingat berdampak langsung kepada masyarakat. Misalnya untuk tindak pidana yang berhubungan dengan tindak pidana ekonomi bahwa negara mengharapkan adanya pengembalian dana negara dalam kasus korupsi.

Secara parsial dan terbatasnya sifatnya, mediasi pidana diatur dalam Surat Kapolri No. Pol: B/3022/XII/2009/SDEOPS tertanggal 14 desember 2009 tentang penanganan Kasus Melalui *Alterbative Dispute Resolution* (ADR) serta Peraturan Kepala Kepolisian Republik Indonesia Nomor 7 Tahun 2008 tentang pedoman Dasar Strategi dan Implementasi Pemolisian masyarakat dalam penyelenggaraan Tugas Polri. Pada surat Kapolri No, Pol: B/3022/XII/2009/SDEOPS Tanggal 14 Desember 2009 ditentukan beberapa Langkah Penanganan kasus melalui ADR yaitu:

- a. Mengupayakan penanganan kasus pidana yang mempunyai kerugian materi kecil, penyelesaiannya dapat diarahakan melalui Konsep ADR.
- b. Penyelesaian kasus pidana dengan menggunakan ADR harus disepakati oleh pihak-pihak yang berperkara, tetapi apabila tidak terdapat kesepakatan baru maka diselesaikan sesuai dengan prosedur hukum yang berlaku secara profesional dan proporsional.

- c. Penyelesaian kasus pidana dengan menggunakan ADR harus berprinsip pada musyawarah mufakat dan harus diketahui oleh masyarakat sekitar dengan menyetakan RT/RW
- d. Penyelesaian kasus pidana ADR harus menghormati norma sosial/ adat serta memenuhi rasa keadilan.
- e. Memerdayakan anggota polmas dan memerankan FKPM yang ada di wilayah masing-masing untuk mampu mengidentifikasi kasus-kasus pidana yang mempunyai kerugian materiil kecil kemungkinan untuk diselesaikan melalui konsep ADR
- f. Untuk kasus yang telah dapat diselesaikan melalui konsep ADR agar tidak lagi disentuh oleh tindakan hukum lain yang kontra produktif dengan tujuan Polmas.

B.2. Medisi Pidana dari Sudut Pandang Humanisme.

Proses penyelesaian perkara pidana pada dasarnya dilakukan dengan menggunakan mekanisme sistem peradilan pidana, dan dapat pula dilakukan dengan menempuh prosedur di luar mekanisme sistem peradilan dalam hukum pidana. Tidak semua perselisihan atau persengketaan yang terjadi di masyarakat diajukan ke sidang pengadilan. Berbagai macam perselisihan besar maupun kecil diselesaikan menurut cara mereka sendiri, baik oleh pihak yang berselisih maupun oleh lingkungan di mana mereka berada.⁶⁵

⁶⁵ Ronny Hanitijo Soemitro, *"Masalah-masalah sosiologi Hukum"*, Bandung: Sinar Baru, 1984, hlm 179-180

Bentuk yang paling banyak terjadi adalah penyelesaian perselisihan dengan jalan perdamaian, yaitu dengan cara melupakan semuanya, memaafkan segala kesalahan dan semua dimulai dengan yang baru. Dalam beberapa hal, kesediaan untuk untuk menyelesaikan perselisihan di antara mereka secara damai disebabkan karena terpaksa untuk melakukan hubungan sosial dalam lingkungan mereka, dan keadaan demikian ini menciptakan suatu landasan yang baik agar perselisihan itu dapat dikelola dengan sendiri.⁶⁶

Pengembalian perselisihan dan prosedur penyelesaian ini, mentransformasikan fungsi hukum dan peradilan menjadi lebih dikenal sebagai pemaksa, di mana anggota-anggota masyarakat yang terlibat dildalamnya bertentangan dengan kemampuannya masing-masing. Kendati demikian, tampaknya teradapat pendirian dalam kriminologi bahwa penyelesaian tetap lebih baik bilamana diserhalan pada pemiliknya yang sah yaitu para pihak yang berselisih atau beperkara itu sendiri. Apabila dalam kenyataanya pelaku-pelaku kejahatan dan korbannya sendiri berdamai dan saling memaafkan, maka sebenarnya bnyak hal yang dapat di capai.

Secarra sosiologis, konteks sosial dari pemaafan itu sendiri adalah terjadinya perselihan atau perkara pidana di antara kedua individu atau lebih di dalam masyarakat. Perselisihan juga dapat melibatkan kolektivitas atau lembaga, antar perusahaan, bahkan antara negara atau kelompok negara.

⁶⁶ *Ibid.* hlm 183

Dalam situasi perselisihan demikian, mediasi pidana merupakan unsur yang sangat penting yang menyertai proses penyelesaian perkara pidana diantara para pihak. Hal ini terutama pada proses penyelesaian melalui mekanisme di luar pengadilan, baik formal maupun informal, ataupun sikap di antara para pihak yang menyertai proses penyelesaian perkara melalui mekanisme pengadilan formal.

Setidaknya berlangsungnya upaya penyelesaian perkara diluar pengadilan diantara para pihak yang berperkara, mengindikasikan adanya kesediaan kedua belah pihak untuk berunding guna membicarakan persoalan yang terjadi di antara mereka yang memerlukan penyelesaian. Proses penyelesaian perselisihan di luar pengadilan formal ini merupakan warisan budaya hukum masyarakat yang menjunjung tinggi nilai-nilai tradisional yang tetap banyak dijumpai dalam masyarakat modern.

Kiranya dalam proses mediasi pidana di dalam perkara pidana dengan menyatakan perdamaian dengan memuat penyertaan penyesalahan, permohonan maaf dan pemberian maaf, tidak dilandasi dengan kesadaran dan rasa tanggung jawab moral dan sosial yang sangat tinggi, penyelesaian perkara dengan sendirinya juga tidak berhasil dengan baik. Kegagalan penyelesaian perkara pidana dalam hal ini di tandai dengan, misal dalam kasus kekerasan dalam rumah tangga (KDRT), setelah perkara di putus oleh hakim, pada gilirannya kedua belah pihak yang merupakan suami istri ternyata tidak berubah menjadi rukun dan harmonis sebagai mana mestinya, melainkan memberikan efek yang ditimbulkan lebih buruk hingga taraf

perceraian.⁶⁷ Dengan mempertimbangkan fenomena empiris penggunaan mediasi pidana kiranya dapat mengakomodir tahapan penyelesaian hingga berujung pada hasil yang baik untuk kedua belah pihak. Pembentukan secara yuridis sebagai langkah menjembatani sistem hukum pidana yang masih belum memberikan ruang seutuhnya kiranya perlu terhadap konsep mediasi pidana ini.

Sikap humanis terhadap penyelesaian perkara pidana yang berlandaskan etiket baik dengan proses pemaafan kiranya mampu melahirkan beberapa aspek yang mengikutinya, salah satunya upaya positif tersebut adalah pemberdayaan korban itu sendiri. Sekarang ini gagasan pembaharuan hukum pidana nasional lewat nilai keseimbangan seperti yang sudah dijelaskan di bab sebelumnya, telah lebih mudah terealisasi pada pengaturan hak dan kepentingan pelaku tindak pidana. Hal ini terkait dengan perubahan-perubahan yang terjadi di dunia Internasional. Pada gilirannya para korban tindak pidana tidak dapat mengaharapkan keadilan dari roses peradilan pidana.

⁶⁷ Dalam banyak kasus KDRT yang diteliti oleh Natangsa Surbakti dkk. 2007, *Penyelesaian Secara alternative kasus Kekerasan dalam rumah Tangga (Studi kasus di Kota Surakarta), (penelitian DP2M Dikti-Diknas)*, perbuatan para pelaku tindak pidana kekerasan dalam rumah tangga di siding pengadilan dengan menyampaikan arasa penyesalan dan permohonan maaf kepada korban serta janji untuk tidak emngulagi perbuatannya, lebih merupaka taktik agar memperoleh keringanan hukuman. Keriganatan hukuman lama kenyataan tidak menghentikan kebiasaan melakukan tindakan kekerasan dalam rumah tangga. Pada gilirannya, kasus-kasus kekerasan dalam rumah tangga yang samapai disidangkan di pegadilan juga akan berlanjutke perceraian. Dalam Natangsa surbakti , *“Peradilan Restoratif”*, Surakarta: Genta Publish, 2014, hlm 200.

Terkait dengan perlakuan dan pelayanan yang tidak seimbang diantara pelaku dan korban tindak pidana, bahwa akan menjadi sebuah masalah bila mana korban tindak pidana tidak mampu bersikap dan bertidak wajar. Sikap dan tindakan tidak wajar bisa berupa tindak secara agresif negatif terhadap sekelilingnya, tidak mampu melaporkan apa yang pernah dialaminya, memberikan terjadinya korban lebih lanjut, menerima cap sebagai korban dan memenuhi peran sebagai korban yang negatif, serta mengalami frustrasi kemudian berkumpul masuk kumpulan korban-korban dan melakukan pembalasan.⁶⁸

Tentunya perihal kasus pidana yang tepat diselesaikan dengan disertai perdamaian yang tepat diselesaikan dengan disertai proses secara non pidana atau mediasi pidana dengan berintikan permohonan maaf dari terdakwa kepada korban dan pemberian maaf dari korban kepada pelaku tindak pidana dengan batasan yang spesifik dalam penanganannya. Mediasi pidana yang dilanjutkan dengan permohonan maaf kepada korban dan pemberian maaf dari korban terhadap pelaku hanya tepat dilakukan pada kasus-kasus pidana yang korbannya bersifat personal. Sebaliknya kurang tepat dilakukan dengan tindak pidana yang bersifat publik.

Batasan tindak pidana yang tepat disertai perdamaian dengan pemaafan itu terbatas pada tindak pidana yang bersifat personal atau semi privat. Bermotifkan ekonomi atau harta bendapun dimungkinkan penggunaan perdamaian yang berintikan itu itu.

⁶⁸ Arif Gosita, "*Masalah Korban Kejahatan*" (Edisi III), Jakarta: Buamaillu populer, hlm 74, 108

Realitinya pada kasus-kasus pencurian, penggunaan mediai pidana yang berdasarkan pemaafan dari korban kepada pelaku tindak pidana bisa dilakukan dengan memberikan rasa keadilan kepada kedua belah pihak.

Unsur terpenting dalam penyelesaian perkara pidana yang bersifat publik semacam tindak pidana yang berkaitan dengan harta benda khususnya pencurian adalah kesediaan pihak pelaku untuk mengembalikan barang yang telah dicuri kepada pihak korban atau membayar ganti kerugian dalam jumlah yang dicuri berdasarkan penilaian korban serta permohonan maaf kepada pihak korban. Sebaliknya pihak korban juga bersedia menerima pengembalian barang yang telah dicuri dan menerima ganti kerugian dalam jumlah yang layak. Esensinya dari penyelesaian ini adanya unsur yang saling berkaitan dalam proses penyelesaian yang sukarela dari kedua belah pihak dan menyertakan permohonan maaf diantara pelaku dan korban.

Kendati demikian proses mediasi pidana dilakukan dalam penyelesaian perkara tindak pidana, baik pada perkara yang bersifat semi privat ataupun publik, sepanjang telah melalui proses di sidang pengadilan pidana dan memenuhi syarat pembedaan, berakhir pada putusan pidana. dalam hal antara terdakwa dengan korban telah terjadi mediasi pidana, maka hakim akan menjadikan hal tersebut sebagai faktor yang telah tercapainya perdamaian itu sebagai pertimbangan hal-hal yang meringankan pembedaan. Dengan adanya faktor yang meringankan semacam ini, maka putusan akan dapat berupa pidana percobaan atau pidana bersyarat atau pidana penjara yang lamanya bisa dikurangi .

Dengan adanya putusan hakim dalam perkara pidana yang disertai pemberian maaf itu tetapi berupa putusan pemidanaan, dan bahkan putusan bebas atau lepas dari semua tuntutan hukum bisa diberikan oleh majelis hakim.

Hal ini disebabkan semua syarat formal dan materill untuk adanya pemidanaan memang telah tepenuhi namun karena adanya hal yang meringankan berupa telah dipulihkannya kerugian dan kerusakan yang ditimbulkan tidak pidana itu, maka penjatuhan pidana berat dianggap tidak perlu dijatuhkan. Dalam perkembangan bahkan hakim dalam memaafkan di muka pengadilan atau sering disebut sebagai "*asas rechterlijk pardon*⁶⁹" yang termuat dalam pasal 55 ayat 2 Rancangan KUHP 2012.

Maka dalam hal ini kewenangan hakim untuk memberikan maaf ("*rechterlijke pardon*") dengan menjatuhkan sanksi pidana tindakan apapun, diimbangi pula dengan adanya asas culpa in causa atau (*action libera in causa*) yang memberi kewenangan kepada hakim untuk tetap mempertanggung jawabkan si pelaku tindak pidana walaupun ada alasan penghapusan pidana jika si pelaku patut dipersalahkan (dicela) atas terjadinya keadaan yang menjadi alasan penghapusan pidana tersebut.⁷⁰

⁶⁹ Hakim dapat mempertimbangkan memberikan kebijakan memaafkan orang yang melakukan tindak pidana (*permaafan hakim / rechterlijk pardon*) dalam perkara pidana dengan mempertimbangkan nilai-nilai hakikat kemanusiaan dan rasa keadilan serta memperhatikan kriteria terdakwa baik dilihat dari sudut perkara dan aspek kemanusiaan.

⁷⁰ Prof. Nico Keijzer pernah merumuskan asas ini sebagai berikut : "The Perpetrator of an offence is not exempt from criminal responsibility by the emergency character of the situations, if he is himself to blame for causing that situations." Dalam formulasi konsep dan N. Keijzer itu, asas ("*culpa in causa*") dikaitkan dengan masalah kesalahan (culpa dalam arti luas), khususnya dengan masalah kesengajaan (dolus). Oleh karena itu, hans lensing menjelaskan asas ini dengan menyatakan : " An act os not involuntary when the actor consciously creted theconditions in whichthe offence would be committed lihat the Dutch Pidana Code, Rothman & Co. 1997. P 15.

Jadi kewenangan hakim dalam untuk memaafkan (tidak memidana) berimbang dengan kewenangan untuk tetap memidanakan sekalipun ada alasan penghapusan pidana (pasal 52 konsep KUHP).

C. Kedudukan Hukum Pidana Islam Sebagai Sumber Pembaharuan Hukum Pidana.

Indonesia sebagai Negara yang mayoritas beragama muslim, secara wajar, berdasarkan kenyataan tersebut tentu umat islam di Indonesia sangat menginginkan berlakukannya seluruh agama Islam (Khususnya ajaran tentang hukum Islam) terhadap mereka. Hal ini demikian karena secara doctrinal Qur'ani, seorang muslim memang diharuskan untuk berislam (masuk dan mengikuti semua aspek ajaran Islam) secara *kaffah* (total dan menyeluruh). Berdasarkan konfigurasi doktrin ini, maka hukum di dalam Islam diyakini sebagai bagian dari agama. Hukum merupakan lembaga atau bagian dari agama, sehingga melaksanakan hukum Islam berarti melaksanakan Iman dan perintah-perintah Tuhan. Sebaliknya, melalaikannya berarti mengurangi keduanya.⁷¹

Kenyataan lain yang juga harus disadari oleh umat Islam Indonesia ialah bahwa Negara kita ini terdiri pulau dari penduduk yang memeluk Agama selain Islam, yaitu agama lain selain Islam (Kristen, Hindu, Budha bahkan ada yang merupakan penguatan berbagai aliran kepercayaan).

⁷¹ Saidus Syahar, *Asas-asas Hukum Islam*, Penerbit Alumni Bandung, 1996, hlm 144

Dalam konsteks demikian, maka keinginan kuat dari umat Islam untuk memberlakukan hukum Islam di Indonesia tersebut tidak biasa harus ditempatkan dalam wacana semangat kebersamaan dalam bermasyarakat, berbangsa dan bernegara yang satu, dengan hukum yang satu pula yaitu disebut dengan hukum nasional. Konsekuensi dari wacana yang demikian ini ialah baik umat Islam maupun umat-umat agama lain tentu tidak dapat dibenarkan apabila ingin memaksakan kehendak secara mutlak memberlakukan hukum agamanya masing-masing.

Konstruksi berfikir tersebut, merupakan ciri dari konsep wawasan kebangsaan, wawasan nusantara, dan wawasan Bhineka Tunggal Ika sebagai satu kesatuan wawasan integral yang melandasai pelaksanaan pembangunan nasional Indonesia (termasuk dalam pembangunan hukumnya) yang memang seharusnya dimiliki oleh setiap komponen bangsa Indonesia. Dalam perspektif ketiga wawasan pembangunan hukum diatas maka orientasi kebersamaan dalam berbangsa dan bernegara tentang harus menjadi perhatian utama dari keseluruhan skala prioritas.

Namun demikian dalam prakteknya permasalahan bagaimana hukum pidana Islam serta kedudukannya dalam konfigurasi pembangunann hukum nasional di Indonesia, kiranya dapat menjadi pertimbangan dalam kajian hukum nasional dengan memberikan dengan bijak. Artinya adalah pemerintah memberikan ruang akomodasi terhadap kontribusi hukum dalam dalam struktur, kultur, substansi hukum nasional yang dibangun.

Perlunya agar diperhatikan secara bijaksana terhadap peluang hukum pidana Islam sebagai salah satu bahan dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia, mengingat realitas masyarakat sosial bahwa Islam merupakan agama yang dianut secara mayoritas oleh penduduk Indonesia. Tentunya kebijakan akomodatif tersebut (terkait dengan wawasan pemabangan hukuam nasional), adalah sebatas prinsip-prinsip dasar yang terdapat dalam hukum Islam dan tidak menutup peluang kontribusi dari hukum agama yang lainnya.

Oleh karena itu penulis berharap hukum pidana Islam dalam membiarkan konstruksi dalam rancang bangun hukum pidana dari keseluruhan konsepsi agama yang menjadi salah satu golongan terbesar rakyat Indonesia. Apabila upaya demikian dapat realisasikan dengan baik, maka selanjutnya asas-asas hukum yang universal dari berbagai sistem hukum (agama, adat, barat, dan lain-lain) yang telah ditemukan inti permasalahannya tersebut, ditransfomasikan menjadi norma-norma hukum nasional yang kongkrit sepanjang tidak bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila dan UUD 1945 serta relevan dengan kebutuhan hukum riil dari beragam macam masyarakat Indonesia yang benar-benar pluralistik ini.

Melihat berbagai uraian diatas, untuk dapat mengetahui bagaimana mengetahui hukum pidana Islam di di Indonesia ini memilik peluang postif dalam kontribusi dalam rangka pembaharuan hukum pidana kedepan (konsep mediasi pidana sebagai upaya penyelesaian tindak pidana),

serta sejauh mana kontribusi tersebut diberikan, setidaknya ditentukan dalam beberapa hal, seperti dalam dasar justifikasi dan sekaligus legitimasinya.

Kiranya untuk mencapai posisi akseptabilitas (penerimaan) hukum Islam dalam hukum nasional sehingga menjadi hukum yang akan berlaku dan diterima tidak hanya oleh kalangan umat Islam tetapi juga oleh komponen bangsa yang berbeda-beda kultur budaya dan agama tersebut, maka diperlukan kerja keras yang dilakukan dengan mengkaji kaidah-kaidah hukum Islam secara tajam dan mendalam untuk menemukan prinsip dasarnya atau asasnya yang bersifat universal tersebut, selanjutnya dapat dilakukan suatu studi perbandingan dengan berbagi prinsip dasar hukum yang terdapat dalam sistem hukum yang lain dalam rangka untuk mencari dan menemukan inti pesamaannya, sehingga perbedaan-perbedaan yang tidak terlalu prinsipil dapat diupayakan penyelesaiannya. Tentu saja semua *stackholder* diharapkan bersikap berdasarkan nilai dari semangat penegakan hukum dan semangat kebersamaan berbangsa.

Apabila yang dilakukan dapat terealisasikan, maka asas-asas hukum yang bersifat universal dari berbagai sistem hukum (agama, adat, barat dan lain-lain) yang telah ditentukan inti permasalahannya kemudian ditransformasikan menjadi norma-norma hukum nasional yang kongkrit sepanjang tidak bertentangan dengan nilai-nilai Pancasila dan UUD 1945 serta relevan dengan kebutuhan hukum nyata dari berbagai beragam macam masyarakat Indonesia yang sangat pluralistik ini.

Perlu kita ketahui bahwa yang dapat di transformasikan menjadi norma-norma kongkrit hukum nasional bukanlah kaidah-kaidah normatif tekstual secara murni dari hukum pidana Islam, melainkan prinsip-prinsip dasar atau asas-asasnya yang telah melalui filterisasi oleh nilai-nilai dasar falsafah Pancasila dan Undang-undang Dasar 1945 serta akseptabel oleh berbagi komponen bangsa selain Islam.

Sehubungan dengan permasalahan diatas, maka perlu dijelaskan bagaimana secara terminologis, kedudukan hukum pidana Islam dalam tatanan hukum nasional Indonesia ialah tempat dan keadaan hukum pidana Islam dilihat dari susunan dan kedudukan atau sistem hukum yang berlaku di Indonesia. Secara historis, hukum pidana yang berlaku di Indonesia hingga kini merupakan peninggalan penjajah Belanda yang dilandasi oleh falsafah yang dianut bangsa Indonesia, seperti mengutamakan kebebasan, menonjolkan hak-hak individu, dan kurang berhubungan dengan moralitas.⁷² Perkembangan Islam sejatinya mulai tumbuh dalam masyarakat muslim dan praktek praktek pelaksanaan hukum Islam terjadi sangat luas, hingga pada akhirnya Indonesia terjadi perubahan dalam masalah kekuasaan.

Dalam hal ini kekuasaan yang diambil alih oleh VOC yang semula merupakan kongsi perdagangan Belanda VOC yang semula hanya merupakan sebuah kongsi perdagangan hindia Belanda di Indonesia, pada saat berubah menjadi suatu kekuasaan pemerintahan dan ini mengukuhkan kekuasaan tersebut, antara lain dilakukan dengan cara menerapkan pemberlakuan

⁷² Topo Santoso, "*Membumikan hukum pidana Islam, Penegakan Syariat dalam Wacana dan Agenda*", Gema Insai Press, Jakarta, 2003, hlm 81

hukum barat (Belanda) secara paksa terhadap seluruh golongan penduduk Indonesia melalui praktek-praktek peradilan yang dibentuk. Namun keinginan diatas mendapati sebuah realitas penolakam secara keras oleh golongan penduduk pribumi. Karena bagi mereka (khususnya masyarakat muslim), selain hukum kebiasaan, hukum Islam diyakini telah menjadi bagian institusi sosial yang harus digunakan dalam penyelesaian berbagai persoalan hukum yang muncul dalam kehidupan mereka sehari-sehari. Adanya keyakinan demikian ini mengingat dalam ajaran Islam, hukum dipandang sebagai bagian yang tak terpisahkan dari keseluruhan ajaran agama.⁷³

Penolakan terhadap penerapan sistem hukum Belanda oleh masyarakat muslim pribumi, kiranya mendorong penguasa pemerintah VOC pada tahun 1760 menyusun sebuah *compendium* atau kitab hukum sebagai dasar pedoman oleh pengadilan dalam penyelesaian sengketa hukum yang terjadi di kalangan umat Islam di Daerah-daerah yang di kuasai VOC.

Secara hipotesis, melihat dari pembentukan *compendium*⁷⁴ tersebut yang diciptakan oleh pemerintahan VOC, kamajemukan masyarakat Indonesia bahwa selain terbitnya *compendium* tersebut lahir pula hukum-hukum lain yang diberlakukan secara khusus untuk wilayah-wilayah hukum *Landraad* (pengadilan negeri) tertentu.

⁷³ Muhamad Daud Ali, *Hukum Kebangkitan Islam dan Perkembangan di Indonesia*, Al-Maarif : Bandung, 1997, hlm 204.

⁷⁴ Ditinjau dari segi kepustakaan, *Compendium* tersebut dikenal dengan nama "*Compendium Freijer*" yang disusun oleh D.W Freijer dalam pemerintahan VOC. ini digunakan oleh pengadilan untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi di kalangan umat Islam di daerah-daerah yang dikuasai oleh VOC. Lihat dalam Arso Sastroatmojo dan Wasit Aulawi, *Hukum Perkawinan di Indonesia*, (Jakarta: Bulan Bintang, 1977), hlm.11-12.

Misalnya kitab hukum yang diberi nama “*Magharraer*” yang substansinya sebagian besar memuat ajaran/ ketentuan hukum pidana Islam yang diberlakukan untuk wilayah Semarang. Kemudian kitab hukum “Pepakem Cirebon” yang dibuat oleh Mr. P.C. Hasselar (Residen Cirebon). Yang diterbitkan oleh Haze, dan isinya merupakan kumpulan dari hukum adat Jawa yang bersumber dari kitab kuno antara lain : UU Mataram, Kutaramanawa, Jaya Lengkar, dan lain-lain.⁷⁵

Kedua ini kemudian diperkuat oleh Lodewijk Willem Christian van den Berg (1845-1927). Selama tujuh belas tahun kehadirannya di Indonesia (1870- 1887), Van den Berg menemukan kenyataan bahwa umat Islam memang berpegang erat sekali pada hukum agama mereka. Pada 1884 ia menulis buku *Asas-asas Hukum Islam Menurut Mazhab Hana dan Sya`i*. Kemudian pada 1892 ia juga menulis buku tentang hukum keluarga dan hukum waris di Jawa dan Madura. Ia juga menerjemahkan kitab *Fath al-Qarib* dan *Minhâj al- âlibîn* ke dalam bahasa Prancis. Menurut Van den Berg, bagi orang Islam berlaku penuh hukum Islam, meski terdapat beberapa penyimpangan dalam pengamalan mereka. Menurutnya, penyimpangan tersebut bukanlah hal yang prinsip, melainkan hanya merupakan deviasi dari hukum agama yang mereka terima secara keseluruhan, sesuai dengan kondisi lingkungan masyarakat Islam Indonesia.⁷⁶

⁷⁵ Hadikusuma, Hilman, “*Hukum Pidana Adat*”, Bandung: Alumni, 1989,

⁷⁶ .F. Holleman, ed., *Van Vollenhoven on Indonesian Adat Law*, (The Hague: Martinus Nijhoff, 1981), hlm 2; lihat juga Sajuti Talib, *Receptio a Contario Hubungan Hukum Adat dengan Hukum Islam*, (Jakarta: Bina Aksara, 1985), hlm 5

Berdasarkan pendapatnya, pada masa sebelum 1 April 1937, hukum Islam benar-benar diperhatikan oleh pemerintah Hindia Belanda dan Pengadilan Agama memiliki kompetensi yang luas, yakni seluruh hukum sipil bagi perkara-perkara yang diajukan, diputus berdasarkan hukum Islam. Pengadilan Agama mendapat pengakuan yang sama dengan Pengadilan Negeri (*Landraad*). Pengadilan Agama ada pada setiap tempat yang terdapat Pengadilan Negeri.⁷⁷ Hal ini menunjukkan bahwa kebijakan politik hukum Pemerintah Hindia Belanda pada mulanya tidak ingin mengganggu masalah agama (hukum) penduduk pribumi. Bahkan penjajah Belanda cenderung bersikap kompromistis dan memberikan sarana bagi pengakuan hukum Islam di kalangan penduduk. Berdasarkan kebijakan politik ini, Mason menyimpulkan bahwa Belanda juga memberi kontribusi bagi perkembangan hukum Islam di Jawa, umumnya Indonesia, dengan mempromosikan karya-karya hukum fiqh ulama klasik dan pertengahan dan menjadikannya sebagai bagian penting dalam sistem peradilan Islam.⁷⁸

Meskipun secara asumptif dapat dikatakan bahwa kebijakan tersebut tidak terlepas dari motif imperialisme dan kolonialisme Belanda, yang jelas pelebagaan hukum Islam dan pengakuan oleh Belanda semakin memperkokoh kedudukan hukum Islam dalam kehidupan masyarakat Islam Indonesia.

⁷⁷ Busthanul Arifin, *Pelebagaan Hukum Islam di Indonesia Akar Sejarah Hambatan dan Prospeknya*, (Jakarta: Gema Insani Press, 1996), hlm. 35.

⁷⁸ Mason C. Hoadley, *Islam dalam Tradisi Hukum Jawa dan Hukum Kolonial*, (Yogyakarta: Graha Ilmu, 2009), hlm.539.

Namun, memasuki pertengahan abad ke-19, pemerintah kolonial Belanda mulai berusaha keras mencampuri urusan keagamaan penduduk pribumi.

Perubahan kebijakan ini sedikit banyaknya dipengaruhi oleh perkembangan yang terjadi di Negeri Belanda maupun di wilayah jajahan Hindia Belanda. Harry J. Benda menyebutkan, bahwa orang-orang Belanda di negeri Belanda sendiri maupun di Indonesia mengharapkan supaya pengaruh Islam di daerah jajahannya dihilangkan dengan mempercepat Kristenisasi sebagian besar orang Indonesia. Ini didasarkan pada anggapan orang Barat tentang superioritas ajaran Kristen atas Islam.⁷⁹

Berdasarkan fakta-fakta di atas, maka wajar apabila ada pandangan menyimpulkan bahwa hukum Islam memang nyata telah hidup dan berlaku serta berkembang dalam kehidupan masyarakat muslim Indonesia selama masa kekuasaan Belanda yang berlangsung hingga Dua Abad (1602 – 1800) tersebut. Kiranya tidak berlebihan jika pada masa-masa awal VOC berkuasa, hadir teori *receptin in complexu*⁸⁰ yang di introdusir oleh Van Den Berg, menjadi acuan bagi pemerintahan dalam penataan hukum bagi umat Islam. Dalam periode ini, hukum Islam diberlakukan secara penuh terhadap orang Islam.

⁷⁹ Perubahan sikap ini juga barangkali tidak terlepas dari situasi internasional ketika itu. Pada masa tersebut, kekuasaan Turki Usmani sedikit demi sedikit mengalami kemunduran. Beberapa wilayahnya di Eropa lepas kembali ke tangan Barat. Turki bahkan digelar dengan *the Old Man Sick in Europe* (Orang Tua yang Sakit di Eropa) sebagai ejekan. Kekalahan-kekalahannya Turki Usmani ini membangkitkan rasa percaya diri Barat yang tinggi, sehingga mereka mulai memaksakan ajaran-ajaran agamanya. Hal ini tidak tertutup terjadi bagi tanah jajahan Belanda di Indonesia.

⁸⁰ Dalam teori ini dinyatakan bahwa hukum Islam telah diterima (diresepsi) secara meneluruh oleh umat manusia, lihat Ismail Sunny, Kedudukan hukum Islam dalam sitem ketetaneagaan Indonesia. Dalam Amrullah Ahmad SF (ed), Dimensi Hukum, hlm 131

Dasarnya dalah Pasal 75 *Regreering Reglement* (RR) tahun 1855 yang antara lain mengatakan “ oleh Hakim Indonesia itu hendaknya diperlakukan undang-undang agama (*Godsdienstige wetten*).⁸¹

Sering perkembangannya, teori *recepti in complexu* tersebut tergeser oleh *teori receptie*⁸², yang menyatakan bahwa hukum yang berlaku bagi orang Islam adalah hukum adat mereka masing-masing. Hukum Islam dapat berlaku sepanjang telah di resepsikan oleh hukum adat. Jadi hukum adatlah yang menentukan ada atau tidak hukum Islam. Teori ini di introdusir sebagai bagian dari politik hukum pemerintahan Hindia Belanda, karena dalam pandangan mereka, sebagai mana diungkapkan Harry J. Benda, musuh kolonialisme bukanlah Islam sebagai agama melainkan Islam sebagai doktrin politik.⁸³ Jika teori *receptio in complexu* tetap dianut, makal hal ini bertentangan dengan kepentingan politik pemerintahan kolonial.

⁸¹ *Ibid*

⁸² Keberhasilan C.S. Hurgronje menggantikan teori *receptio in complexu* dengan teori *receptie* tercermin dalam pasa 134 Ayat 2 *Indische Staatregeling* (IS) yang mengatakan “dalam hal orang terjadi perkara perdata antas seorang muslim akan diselesaikan oleh hakim agama Islam apabila keadaan tesebut telah diterima oleh hukum adat mereka dan sejauh tidak ditentukan lain oleh ordonansi”. Lihat Munawir Sadzali, *Landasan Pemikiran Politik Hukum Islam dalam rangka Pembentukan Peradilan Agama di Indonesia* dalam Tjun Suyarman (ed), *Hukum Islam di Indonesia, Pemikiran dan Praktik*, (bandung : Remaja Rosdakarya, 1991), hlm 46; Ahmad Rafiq, *Hukum Islam di Indonesia*, Jakarta: Raja Gafindo Persada, 1995, hlm 18

⁸³ Munawir Sadzali, “*Landasan Pemikiran Politik Hukum Islam dalam rangkan Pembentukan Peradilan Agama di Indonesia*”, hlm 45

Dengan munculnya teori *receptie* inilah, posisi hukum Islam menjadi termarginalkan untuk waktu yang cukup panjang, hingga masa kemerdekaan. Pada masa ini, setelah disahkannya Undang-Undang Dasar 1945 mulai ada upaya-upaya pemberlakuan hukum Islam secara lebih profesional. Hazairin misalnya, pada Tahun 1950 memberikan pandangan agar hukum Islam diberlakukan, tidak atas dasar hukum adat. Pandangan ini dipertegas lagi pada Tahun 1963, bahkan menyatakan teori *receptie* yang jelas-jelas bertentangan dengan Al-Qur'an dan Sunnah. Pada Tahun 1969 kembali Hazairin secara tegas tidak berlakukannya teori *receptie* karena telah dihapus secara meyakinkan oleh pembukaan dan Pasal 29 Undang-undang 1945, inilah yang kemudian dikembangkan oleh Hazairin, dan populer dengan sebutan teori *receptie a contrario* sebagai kebalikan dan teori *receptie*. Disini bukan, bukan lahi hukum Islam menyesal dengan hukum adat, justru hukum adat baru bisa berlaku jika tidak bertentangan dengan hukum Islam.⁸⁴

Upaya untuk menggeser teori *receptie* bukan tanpa rintangan, arena harus berhadapan dengan beberapa kalangan yang keberatan untuk melepas teori *receptie* tersebut.⁸⁵ Namun demikian, teori *receptie a contrario* tetap bergulir. Pukulan yang amat telak terhadap teori tersebut adalah pada saat lahirnya Undang-undang Nomor 1 Tahun 1974 tentang perkawinan, serta lahirnya Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1989, maka teori *receptie* tidak

⁸⁴ Sayuti Thalib (ed), *Pembaharuan Hukum Islam in memoriam Prof Dr, Hazairin*. Jakarta : UI Press, 1981, hlm 52-53.

⁸⁵ *Ibid*

mendapatkan tempat lagi bagi kehidupan hukum di Indonesia dan keberadaan hukum Islam dalam Sistem Hukum Nasional semakin mantap dan kokoh.⁸⁶

Berdasarkan tinjauan historis tersebut, maka dapat ditegaskan bahwa sepanjang sejarah perjalanan hukum di Indonesia, kehadiran hukum Islam dalam hukum nasional merupakan perjuangan eksistensi. Dalam bentangan sejarah itu pula, hukum Islam selalu mempertahankan eksistensinya, baik sebagai hukum tertulis maupun hukum tidak tertulis, dalam berbagai lapangan kehidupan hukum dan praktik hukum. Inilah yang disebut dengan teori eksistensi. Keberadaan hukum Islam dalam hukum nasional ini dapat dibedakan dalam empat bentuk, 1) “ada” dalam arti sebagai bagian integral dari hukum nasional Indonesia, 2) “ada” dalam arti diakui kemandiriannya, kekuatan dan wibawanya oleh hukum Nasional, 3) “ada” dalam fungsinya sebagai penyaring (*filter*) bagi materi-materi hukum nasional Indonesia, dan 4) “ada” dalam arti sebagai bagian bahan utama dan unsur utama bagi pembentukan hukum nasional.⁸⁷

Konstitusionalisasi hukum Islam dalam sistem hukum nasional jika ditinjau secara prospektif khususnya di Indonesia sebagai acuan dalam bidang hukum terdapat rasa optimisme dari kalangan pakar hukum, bahwa di masa-masa yang akan datang, hukum Islam yang mendominasi hukum nasional.

⁸⁶ Hubungan antara hukum Islam dengan hukum nasional dapat dilihat dalam tiga bentuk, 1) Hukum Islam berlaku khusus bagi umat Islam 2) hukum Islam masuk ke dalam hukum nasional secara umum dan membutuhkan pelaksanaan secara khusus; 3) Hukum Islam masuk ke dalam undang-undang yang berlaku secara umum bagi seluruh warga negara Indonesia. Lihat Andi Rasdianah, “Problematika dan Kendala yang dihadapi Hukum Islam dalam Upaya Transformasi ke Hukum Nasional”, Makalah Seminar IKA Fak, Syariah IAIN Alaudin, Ujung Pandang, 1-2 Maret 1996, hlm 17, akses Perpustakaan UIN Sunan Kalijaga 2 September 2016.

⁸⁷ *Ibid*, hlm 6

Baharudin Lopa misalnya, menyatakan bahwa peradilan di Indonesia dimasa depan akan lebih banyak berdasarkan ajaran-ajaran Islam.⁸⁸

Dengan demikian, tampak bahwa hukum Islam merupakan bagaian yang tak terpisahkan dari hukum nasional. Ini merupakan Sub sistem dari Sistem Hukum Nasioanal. Sebagai Sub Sistem, hukum Islam diharapkan dapat memberikan kontribusi yang dominan dalam rangka pengembangan dan pembaharuan hukum nasional khususnya hukum pidana yang mencerminkan kesadaran hukum masyarakat Indonesia. Hal ini dimungkinkan karena mayoritas penduduk Indonesia beragama Islam.

Hukum Nasional kita, sebagaimana negara-negara lain termasuk di barat, diperlukan berbagai smber hukum. Kareana itu dalam rangka pembinaan dan pembentukan hukum nasional perlu diperhatikan dan digala sumber-sumber yang ada di Indonesia, bahkan dalam situasi tertentu digunakan pula bahan-bahan yang berasal dari mancanegara ataupun sumber internasional. Sedangkan sumber-sumber hukum yang ada di Indonesia sekarang ini berasal dari hukum barat yang berasal dari Eropa Kontinental, hukum adat yang beraneka ragam dan hukum agama yang ada di Indonesia.⁸⁹

Bahwa hukum Islam menjadi sumber dari hukum nasional bersama hukum barat dan hukum adat bukan berarti ia menjadi hukum formal dengan bentuk sendiri yang eksklusif, kecuali sifatnya untuk melayani (bukan memberlakukan dengan imperatif)

⁸⁸ Nurcholish Madjid, *Islam di Indonesai dan Potensinya seagao Sumber substansi Ideologidan Etos Nasional*, dalam Budhi Munawar Rahman (ed), *Kontekstualisasi Doktrin Islam dalam Sejarah*, Jakarta: Paramadina, 1995, hlm 579

⁸⁹ A. Qodri Azizy, *Hukum Nasional: Elektisise Hukum Islam dan Hukum Umum*, Jakarat: Teraju, 2004, hlm 210-211.

terhadap yang sudah berlaku sebagai sumber hukum materiil dalam arti menjadi bahan isi untuk bersumber hukum formal. Untuk memperjelas masalah tersebut dapat dikemukakan, bahwa sumber hukum ada dua macam yaitu formil dan materiil. Sumber hukum materiil adalah sumber hukum dengan bentuk tertentu agar menjadi mengikat. Sedangkan sumber hukum formal adalah sumber hukum yang telah mempunyai bentuk tertentu dan mengikat berlakunya sebagai hukum.

Salah satu sumber hukum formal adalah undang-undang dalam arti materiil yang terdiri dari berbagai perundang-undangan yang tersusun secara hierarkis. Selain itu ada juga Undang-undang dalam arti formil (yang sudah mempunyai bentuk tertentu) yang menjadi perundang-undangan yang masing-masing sudah mempunyai bentuk dan posisi hirarki tertentu.⁹⁰ Jika melihat dalam sistem hukum nasional adalah sistem hukum yang bukan berdasarkan agama tertentu, tetapi memberi tempat kepada agama yang dianut di Indonesia menjadi sumber hukum atau memberi bahan terhadap produk hukum nasional. Dengan demikian hukum Islam sebagai sumber hukum materiil (sumber bahan hukum) dan bukan harus menjadi sumber hukum formal (dalam bentuk tertentu menurut peraturan perundang-undangan).⁹¹

Pengamatan terhadap masyarakat Indonesia sekarang, terutama para tokoh terkait bagaimana kontribusi hukum Islam terhadap pembaharuan hukum pidana nasional adalah

⁹⁰ Moh. Mahfud MD, *Pergulatan Politik Hukum Indonesia*. Yogyakarta: Gama Media, 1999, hlm 240-241

⁹¹ *Ibid*, lm 242

realitas hukum Islam dalam tata hukum nasional di Indonesia telah diakui sebagai sebuah sistem hukum agar dapat dijadikan bahan bagi pembaharuan hukum nasional, bersama-sama dengan sistem hukum yang lain seperti barat (Belanda) dan hukum adat.⁹²

Karena itu perjuangan umat Islam di Indonesia yang sebenarnya adalah bagaimana mempersiapkan rumusan hukum Islam tersebut supaya dapat dijadikan aturan Hukum Nasional. Hal ini sangat relevan, karena sebagaimana dikemukakan pada hakekatnya bangsa belum memiliki hukum nasional. Aturan-aturan hukum yang ada sekarang”.⁹³

Dalam kaitannya dengan perlunya formulasi hukum Islam yang sesuai dengan konteks Indonesia sehingga dapat diajukan sebagai pembaharuan hukum nasional, maka pemikiran yang paling sesuai adalah pemikiran fiqh Indonesia. Hal ini karena pemikiran fiqh Indonesia merupakan pemikiran yang berupaya melakukan kontekstualisasi hukum Islam dengan budaya dan realitas masyarakat Indonesia, kemudian setelah itu berupaya diformalkan sebagai peraturan Perundang-undangan yang bersifat nasional.

Pemikiran fiqh Indonesia dengan demikian pada dasarnya bersifat moderat di antara kelompok formal tekstual dan kelompok kultural-substansial yang telah ditemukan di atas.

⁹² Mudzakir, “Integrasi Hukum Islam dalam Hukum nasional: Upaya Restrukturisasi Perundang-Undangan Nasional” dalam Jurnal *Mazhabuna*, No. 2 Tahun II/2003, hlm 23

⁹³ Bustanul Arifin, “Kata Pengantar” Pada Munawir Sjadzali, *Ijtihad kemusiaan*, Jakarta: Penerbit Paramadina, 1997, Im xxii. Dalam kenyataannya legislasi dalam bidang perdata sudah cukup banyak yang bersumber dari hukum isla, walaupun sebgaiian besar hanya berlaku untuk hukum Islam. Sementara dalam hukum pidana, hukum Islam belum memberikan kontribusi, karena memang hukum pidana yang berlaku di Indonesia masih menggunakan hukum kolonial Belanda. Disamping itu hukum pidana, tidak seperti hukum perdata yang dimungkinkan adanya pilhan, harus diberlakukan seragam dan diunifikasi bagi seluruh rakyat Indonesia. Mudzakir, “*Integrasi Hukum Islam*”, hlm 23

Kelompok formal tekstual berupaya memberlakukan secara formal hukum Islam yang dipahami secara tekstual, dan kelompok kultural substansial berpandangan bahwa yang penting adalah pemberlakuan nilai-nilai hukum Islam secara kultural di masyarakat, walaupun mereka berpandangan bahwa nilai-nilai hukum Islam tersebut perlu menambah juga aturan-aturan perundangan secara formal-struktural namun mereka tidak kooperatif untuk mengusahakan. Sementara pemikiran fiqh Indonesia berupaya diformalkan dalam aturan perundangan-undangan. Dengan kata lain pemikiran fiqh Indonesia yang bersifat formal-kontekstual merupakan jalan tengah atau pemikiran moderat dari kecenderungan pemikiran tentang pemberlakuan hukum Islam yang ada di Indonesia, yang berusaha berlaku memformulasikan hukum Islam supaya dapat sesuai dengan konteks sosial kultural masyarakat Indonesia.

Gagasan hukum Islam di Indonesia, dapat dikatakan sebagai pemikiran hukum Islam yang formal kontekstual. Untuk melihat sudah sejauh mana perkembangan model dan bentuk transformasi pembaharuan hukum pidana Islam dalam konstek keindonesiaan, peneliti mengkaji tentang kontribusi hukum pidana Islam terhadap konsep mediasi pidana dalam pembaharuan pidana nasional yang kemudian dikembangkan sebagai upaya pembangunan hukum nasional.

Hukum pidana nasional itu sendiri bersumber dari agama, adat, dan Nasional. Kemudian perkembangan hukum positif bergerak dari pola-pola atau corak hukum dari Eropa yang tumbuh di Indonesia,

sehingga hukum nasional Indonesia merupakan perkembangan hukum adat dan penerapan hukum Islam dalam proses kehidupan yang terwujud secara normatif dan formil, begitupun hukum pidana Islam. Beranjak dari diskripsi di atas hukum pidana Islam adalah hanya salah satu bahan diantara sekian banyak bahan bagi upaya pembaharuan hukum pidana nasional maka untuk kondisi sekarang dengan berbagai pertimbangan kiranya perlu hukum pidana Islam menjadi pertimbangan sebagai kontribusi dalam pembaharuan hukum pidana kedepan.

Pembaharuan ini juga melibatkan hukum Islam (*Fiqh*) yang secara umum diakui sebagai sumber, selain dari hukum adat dan hukum barat itu sendiri, karena ketiganya mempunyai kedudukan yang sama sebagai sumber utama upaya pembentukan hukum Nasional . dan adanya kontribusi hukum Islam juga harus diarahkan dalam wacana komponen pokok dalam hukum pidana Islam, yaitu tentang pidana, tindak pidana dan pertanggung jawaban pidana yang dapat diambil intisarinya agar lebih mudah mengintegrasikan kedalam hukum Nasional sebagai nilai kontribusi kedepannya.⁹⁴

C.1 Perbandingan Pidana Islam dengan hukum Nasional.

Mengenai gagasan dasar yang di kandung oleh sistem pidana dan pembedaan dalam tradisi Islam dan pidana nasional, antara lain, pengkajian yang dilakukan dalam hal ini menemukan hal-hal sebagai berikut :

1. Sistem hukum Islam, tidak membedakan secara tegas antara konsep hukum perdata dan hukum pidana sedangkan dalam sistem hukum

⁹⁴ Ahmad Bahiej, Dkk, *Pemikiran Hukum Pidana Islam*, pustaka pelajar, 2001 hlm 115

nasional dibedakan secara jelas. Hal ini terutama terlihat dari sistem hukum Islam mengenai sanksi *qishsash* dan *diyat* yang memberikan kepada pihak korban hak menurut penjatuhan pidana

2. Dalam sistem hukum Islam, kepentingan korban sangat diperhatikan dan karena itu ancaman yang memberikan kepada setiap pelaku kejahatan bersifat sangat tegas dalam hukum nasional sanksi hukumnya tidak begitu berat. Jaminan ketertiban hukum dan keadilan dalam masyarakat ditata sedemikian rupa sehingga setiap perbuatan jahat yang dianggap mengganggu ketertiban dan tatanan keadilan itu diancam secara tegas oleh sistem sanksi yang keras dan terhadap korban dari perbuatan jahat itu diberikan sedemikian rupa sehingga kepentingan sangat diperhatikan.
3. Secara historis, penentuan bentuk dan berat ringannya pidana dalam al-Qur'an maupun al-Sunnah, mencerminkan kebijakan legislatif yang maju dan berkembang serta semakin memperhatikan prinsip-prinsip asasi akan rasa keadilan dan kemanusiaan dalam masyarakat sedangkan dalam hukum nasional kurang mencerminkan kebijakan karena tidak dikenal unsur pemaaf. Hal itu terlihat dalam kenyataan bahwa bentuk dan kadar ancaman pidana dalam tradisi Islam itu, sedemikian apabila dibandingkan dengan tradisi sebelum Islam.⁹⁵

⁹⁵ Pada umumnya, Tradisi pidana sebelum Islam bersifat sangat keras dan berorientasi kepada pembalasan terhadap setiap tingkah laku yang dianggap menyimpang dari keharusan umum. Bahkan untuk sebagian, dapat dikatakan bahwa tradisi hukum pidana sebelum Islam lebih mencerminkan kepentingan elite. Lihat dalam Jimly Ash-Siddiqie, "*Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia*", Bandung: Angkasa, 1995, hlm 53

Sebagian dari bentuk-bentuk dan kadar ancaman pidana Islam merupakan penyederhanaan dan penghalusan terhadap tradisi hukum pidana yahudi dan nasrani maupun praktik masyarakat jahiliyah. Dalam tradisi hukum Islam, prinsip *adam al-kharaj* (peniadaan kesulitan). Prinsip ini berkaitan dengan prinsip *al-Taddrij fi al-tasyri'* (pembebanan secara berangsur-angsur), dan prinsip *taqliq al- takalif* (pembebanan sedikit demi sedikit.).

Oleh karena itu, setiap usaha yang bersifat legislatif dalam rangka merumuskan bentuk-bentuk pidana dari sumber hukum pidana Islam, terutama di zaman modern sekarang ini, haruslah juga mempertimbangkan prinsip-prinsip yang bersifat semakin meringankan beban subjek hukum. Dalam rangka memenuhi tuntutan perkembangan kebutuhan masyarakat modern dewasa ini, bentuk-bentuk tradisonal pidana Islam itu sendiri yang merupakan produk dari usaha memahami petunjuk dari Tuhan dalam Al-Qur'an dan teladan yang di praktiknya Nabi melalui al-Hadist, perlu dikembangkan lebih lanjut sesuai dengan kebutuhan-kebutuhan bersifat lokal dan aktual dalam masyarakat Indonesia dewasa ini, bentuk-bentuk pidana Islam itu sendiri dapat berkembang lebih lanjut dengan melihat gagasan dasar yang dikandungnya dengan mempertimbangkan sifat-sifat kebutuhan masyarakat Indonesia secara nasional.

Peluang religius untuk perkembangan itu, pada saranya sanat terbuka, tertama karena adanya prinsip inovasi yang dikembangkan dalam konsep *Ta'zier*. Oleh sebab itu bentuk pidana yang ditetapkan maupun soal berat ringanya pidana itu, sejauh mengenai ancaman pidana bentuk-bentuk kejahatan yang belum diterangkan di dalam al-Qur'an dan al-Hadist, dan di kembangkan dengan melihat kepada efektifitas pidana itu sendiri dalam rangka mencapai tujuan yang diharapkan sistem hukum Islam. Karena itu, bentuk pidana apapun yang diancam terhadap jenis-jenis kejahatan demikian, sepanjang tidak bertentangan dengan gagasan dasar sistem pidana Islam, dapat diterima sebagai bagian dari gagasan Islam itu sendiri.

Kiranya tradisi penerapan pidana Islam dalam konteks kebijakan yudikatif, memberikan wewenang yang luas kepada hakim untuk menentukan berbagai kemungkinan pengembangan bentuk pidana Islam itu Melalui prakasa hakim, bentuk pidana itu dapat dikembangkan sedemikian rupa untuk memenuhi tuntutan kebutuhan masyarakat, baik mengenai kadar berat ringan maupun pidana itu sendiri.⁹⁶

Masuknya Unsur Pidana Islam dalam Hukum Pidana Nasional kiranya dapat dilihat dari beberapa relevansi yang begitu senergi antara hukum pidana Islam dengan sistem kehidupan masyarakat Indonesia, sehingga hal itu merupakan nilai tambah (*edit value*) bagi kontribusi hukum pidana Islam dalam rangka pembentukan hukum pidana modern di Indonesia,

⁹⁶ Abdul Halim Barakatullah dan Teguh Prastyo, *Hukum Islam "Menjawab Tantangan Zaman yang Terus Berkembang"* Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2006. Hlm 270-271

baik menurut tinjauan teori pembedaan modern dan tujuan sosiologis maupun tinjauan yuridis dan filosofis.

Secara filosofis memang tradisi dari sumber *fiqh* Islam yang akrab dikalangan mayoritas penduduk Indonesia, mempunyai landasan filosofis yang kuat untuk menjadikan sumber bagi pembaharuan hukum pidana nasional. Sila Ketuhanan Yang Maha Esa dalam Pancasila yang merupakan sila pertama, utama dan menyinari serta mengayomi ke-empat sila lainnya, sangat dimungkinkan di kembangkan sistem hukum yang religius. Karena itu sumber yang bersifat religius, seperti hukum pidana Islam, dan sangat relevan untuk digali dalam rangka pembentukan sistem hukum pidana nasional yang baru.

Demikian pula secara yuridis konstitusional, tidak ada larangan untuk menjadikan tradisi pidana Islam itu sebagai sumber pembaharuan hukum pidana nasional. Bahkan lebih jauh lagi, dalam konstitusi Republik Indonesia, yaitu Undang-undang dasar 1945, keberadaan Agama dan Ketuhanan Yang Maha Esa dijunjung tinggi dalam hukum dan Peradilan di Indonesia.⁹⁷

Sehubungan dengan penjelasan diatas maka perlu kiranya kedudukan hukum pidana Islam dalam tantangan hukum nasional serta peluang dalam penerapan di Indonesia ini perlu dipertimbangkan, bagaimana ruang lingkup hukum pidana positif di Indonesia sangat luas, dengan melihat aspek hukum Islam yang sangat luas,

⁹⁷ Abdul Halim Barakatullah dan Teguh Prastyo, *Ibid*, hlm 275

sehingga perlu di fokuskan pada salah aspeknya, meskipun cakupan syariah sangat luas, aspek hukum Islam menjadi bagian yang kerap dibincangkan. Tidak hanya itu melihat dari aspek yuridis dan empiris, bidang-bidang hukum Islam lainnya, dalam *fiqih jinayah* misalnya masih menimbulkan kontroversi dan belum dijalankan. Dengan demikian bagian ini, penulis dapat menguraikan dampak, pengaruh dan implikasi yang akan terjadi pada hukum pidana yang berlaku di Indonesia jika hukum pidana Islam dapat dijadikan kontribusi dalam pembaharuan hukum pidana di Indonesia.

C.2. Faktor Pendukung dan Penghambat Penerapan Hukum Pidana Islam di Indonesia.

Kedudukan hukum pidana Islam dalam hukum pidana nasional adalah sesuatu yang sulit di padupadankan dalam penerapannya. Hla tersebut bukan saja karena mayoritas masyarakat Indonesia adalah seorang muslim, tetapi juga karena historis hukum pidana Islam ini hidup di bumi Indonesia. Penerapan hukum pidana Islam di Indonesia tentulah mendapat dukungan maupun hambatan dalam prakteknya bila dilaksanakan di Negara yang menggunakan hukum positif berdasarkan KUHP⁹⁸ dan KUHAP sebagai pedoman kitab bersumber dari sistem sejak zaman Penjajahan Belanda. Namun tidak dipungkiri, sebelum adanya sistem KUHP dan KUHAP yang berlaku dalam proses hukum di Indonesia,

⁹⁸ KUHP yang berlaku di Indonesia, berasal dari *wet book van straf recht* tahun 1915 dan dimulai berlaku sejak 1918. Setelah merdeka KUHP tetap berlaku berdasarkan aturan peralihan UUD 1945 dan di kukuhkan dengan UU nomor 1 Tahun 1946. Dalam perjalannya KUHP mengalami perubahan dan revisi baik

sejak dulu sudah dikenal adanya hukum Islam yang berbau dan sejalan dengan hukum adat yang dipakai dalam beberapa wilayah provinsi di Indonesia.

Faktor yang mendukung yang dapat menjadi dasar pijakan penerapan hukum pidana Islam di Indonesia adalah karena mayoritas penduduk Indonesia yang beragam muslim, sehingga banyak masyarakat yang sudah mengakui dan mengetahui bagaimana hukum dan hukuman yang dilakukan berdasarkan dari *nash* Al-Qu'an dan As-Sunnah. Diterapkannya hukum pidana Islam sebenarnya melindungi hak-hak yang paling Asasi dalam manusia. Dan semua ketentuan pemidanaan dalam penerapannya secara *jinayah* pada prinsipnya adalah untuk merealisasikan kemaslahatan umat sebagai tujuan syara' secara umum.⁹⁹

Realisasi yang ada seiring kali tidak sesuai dengan yang di inginkan. Hal tersebut memiliki beberapa penyebab antara lain.

1. Lemahnya penegakan hukum di Indonesia
2. Ancaman pidana yang dijatuhkan oleh para hakim di sidang sering kali tidak mencerminkan rasa kadilan di masyarakat, khususnya korban kejahatan dan keluarganya. Terlebih lagi jarimah *qiasash –diyat*, biasa pelaku
3. Pengertian delik yang sangat longgar, walaupun telah mencapai target dari pemidanaan tetapi karena tersedianya alternatif dari ancaman hukuman

⁹⁹ Al-Jurjawi, "*Hikmāh at-tasry wa Falsāfatahu*, (Beirut: Dār al Fikr, t,t) hlm 156-167 sebagai dikutip dalam Ahmad Bahiej, "Pemikiran hukum Pidana Islam Kontemporer, Yogyakarta: Pokja Akademik, 2006, hlm 83

yang ada, maka delik yang dianggap sepele oleh kalangan tertentu sehingga dengan mudahnya mereka melakukan tindak pidana.

4. Ketimpangan sanksi yang diberikan oleh petugas hukum. Dapat dilihat penegak hukum mudahnya mengendalikan penjahat jalnan tapi betapa sulitnya dan lamanya petugas hkum yang menangkap pelaku tindak pidana elit di negeri ini.
5. Adanya krisis multi dimensi di Indonesia yang menyebabkan masyarakat yang terhimpit berbagai beban kerap kali mencari jalan pintas dengan melakukan kejahatan.

Dari berbagai ulasan yang berkaitan dengan peran serta hukum pidana Islam kedalam hukum pidana nasional perlu adanya ketegasan bahwa bahwa dalam konteks Indonesia, dapat dipahami bahwa hukum Islam adalah peraturan yang diambil dari wahyu yang diformulasikan dalam keempat produk pemikiran hukum yakni fiqih, fatwa, keputusan pengadilan dan undang-undang yang berpedoman dan diberlakukan bagi umat Islam Indonesia.

Upaya pembaharuan itu sendiri lebih berpusat pada proses pembuatan melalui proses tertentu dengan penuh kesungguhan oleh pihak-pihak yang memiliki kompetensi dan otoritas dalam perkembangan hukum Islam (mujtahid), melalui cara-cara yang telah ditentukan berdasarkan kaidah-kaidah *istinbat* hukum hukum agar hukum Islam dapat disesuaikan dengan perkembangan zaman. Dalam hal sasaran pembaharuan hukum Islam dalam hal ini adalah fiqih. Fiqih merupakan hasil pemikiran dari para ahli.

Dalam pengalihan fiqih, para ulama sangat dipengaruhi kondisi sosialnya, sehingga kadang-kadang terjadi perbendaan pemikiran di kalangan para fuqaha yang berada dalam kondisi zaman dan tempat yang berbeda. Hal ini sekaligus mendasarkan bahwa pada fiqih terbuka peluang diadakan pemikiran ulang atau dilakukan pembaharuan-pembaharuan. Berdasarkan penelitian Ibnu al-Qoyyim terhadap teks-teks al-Qur'an dan al-Sunnah, akhirnya beliau menyimpulkan bahwa syariat Islam dibangun untuk kepentingan manusia dan tujuan kemanusiaan yang universal yakni keadilan, kerahmatan, kemaslahatan dan kebijaksanaan atau mengandung makna (Hikmah) bagi kehidupan jadi prinsip-prinsip ini harus menjadi dasar substansi dari seluruh persoalan hukum Islam.¹⁰⁰

Dari uraian diatas yang ada dalam bab III ini berbeda dengan bab sebelumnya yang hanya fokus terhadap terminologis mediasi pidana baik dalam hukum positif maupun hukum Islam serta pandangan teori *restorative justice* dan *al-afwu 'anil uqqubah*. Dalam bab ini penulis berusaha menyajikan bagaimana pembaharuan hukum pidana secara sistematis, dengan memadukan nilai keseimbangan hukum pidana sebagai sebuah fase perkembangan hukum pidana serta secara historis bagaimana hukum pidana Islam kini mampu dan nyata menjadi rujukan dalam perkembangan pembaharuan hukum pidana melalui *nash hadist* serta *Ij'ma* para ulama dan *fuqoha* dengan tujuan memberikan peluang mediasi pidana sebagai langkah awal upaya lain dalam sistem hukum dalam hal penyelesaian tindak pidana.

¹⁰⁰ Ibnu al-Qayyim Al-Jauziyah, dalam "Menggugat Stagnasi Pembaruan Hukum Islam di Indonesia" oleh Sutomo dan Ahmad Zaenal Fanai (ED), Yogyakarta : UII Press, 2016. Hlm 259

BAB IV
KONTRIBUSI MEDIASI PIDANA ISLAM TERHADAP KONSEP
MEDIASI PIDANA DALAM PEMBAHARUAN HUKUM PIDANA
NASIONAL

A. Kontribusi dan Peluang Mediasi Pidana Islam Terhadap Konsep Mediasi Pidana Sebagai Pembaharuan.

Dari uraian bab-bab sebelumnya sejatinya hukum pidana Islam mempunyai cara tersendiri dalam menyelesaikan persoalan tindak pidana yang ada dalam masyarakat. Hal ini terlihat dari Tindak pidana *qisash* berupa kejahatan terhadap tubuh manusia sengaja atau tidak sengaja. Ia terdiri dari apa yang dikenal dengan hukum pidana modern sebagai kejahatan terhadap tubuh manusia / *crime against persons*. Berbeda dengan pandangan *restorative justice* menyelesaikan persoalan yang ada dalam masyarakat khususnya persoalan tindak pidana dengan mencoba mengubah cara pandang *retributive* dan *restitutive* sebagai sarana alternative peradilan pidana. Dalam penelitian ini penulis mencoba mengkaji dengan tiga alasan, yaitu alasan filosofis, yuridis, dan alasan sosiologis yang dijadikan dasar peluang mediasi pidana Islam terhadap konsep mediasi pidana dalam pembaharuan hukum pidana nasional kedepan.

A.1. Alasan Filosofis Mediasi Pidana Islam sebagai Kontribusi terhadap Konsep Mediasi Pidana Nasional.

Mediasi pidana sebagai sarana penyelesaian tindak pidana dalam wacana pembaharuan hukum pidana dengan basis nilai-nilai secara rasional serta bersifat reorientasi dan reevaluasi, memiliki unsur kemanfaatan yang dalam jika kita lihat dari sudut pandang hukum pidana Islam. Islam sendiri memiliki dasar yang kuat yang berlandaskan pada asas kemanfaatan atau “*dar’ul mafasid muqoddam ‘ala jalbi al-mashalih*” (menolak kerusakan dan mengutamakan kemanfaatan). Asas ini mengiringi asas keadilan dan kepastian hukum. Di dalam melaksanakan asas keadilan dan kepastian hukum senantiasa memperhatikan asas kemanfaatan, baik manfaat untuk diri sendiri maupun kemaslahatan umum.¹

Sejak dalam perjalanan hukum Islam telah mengembangkan dan terus memberikan terobosan yang pada umumnya akan terjadi dan bias dijadikan rujukan terhadap perkembangan hukum di dunia ini. Mediasi pidana yang coba penulis gambarkan mengupas bagaimana secara historis hukum pidana Islam telah berpengaruh terhadap perdamaian terlepas dari kasus yang bersifat kekinian (baik perdata maupun pidana). Kemaslahatan dari segi Bahasa arab terkandung beberapa penggalan arti dari huruf *shad, lam dan ha*. Kemudian terbentuk akar dari kata *shalaha, shalahan, shuluhan* dan *shalahiyatan*.

¹ Ali Imran, *Pertanggungjawaban Hukum: Konsep Hukum Islam dan Relevansinya dengan Cita Hukum Nasional Indonesia*, Walisongo Press, Semarang, 2009, hlm. 77.

Kata ini secara etimologis berarti kebaikan, benar, adil, saleh dan jujur. Kata kerja *suluha* mempunyai arti yang berlawanan dengan kata “*fasada*” (rusak atau binasa), sedangkan bentuk jamaknya adalah *al-mashalih* yang sering dihadapkan dengan *mafasid* sebagai antonimnya.²

Menurut Louis Ma'luf, memperluas pemaknaan kata *masalahah* dengan sesuatu yang membangkitkan nafas kebaikan atau perbuatan-perbuatan yang diperjuangkan oleh manusia untuk dapat menghasilkan kebaikan bagi dirinya dan masyarakat sekitarnya. Hampir sama pemaknaan tersebut menurut Muhammad Sa'id Ramadan, yang mengartikan kata *masalahah* sebagai segala sesuatu yang mendatangkan manfaat, yang dapat mencakup berbagai macam upaya dalam pencapaian yang bersifat positif, atau sebaliknya yaitu, menolak dan menghindari dari hal-hal yang negatif.³

Dalam penggunaan bahasa Arab, dikatakan: *Nadzara fi Masalih an-Nas* yang berarti: “Ia mempertimbangkan sesuatu demi kebaikan manusia”. Jadi, *masalahah* merupakan tujuan yang dikehendaki oleh *syar'i* dalam hukum-hukum yang ditetapkan-Nya melalui teks-teks suci syari'ah (*nushush al-syari'ah*) berupa al-Qur'an dan al-Hadits.

Sebagaimana dalam Firman Allah SWT QS. Ali-'Imran (3) ayat; 114, yang artinya:

“Mereka beriman kepada Allah dan hari akhir dan mereka menyuruh kepada sesuatu yang baik dan mencegah kepada sesuatu yang jelek, dan mereka berjalan pada jalan-jalan kebaikan, dan mereka itu termasuk orang-orang yang shaleh”.

² Ahmad Faidy Haris, *The Spirit of Islamic Law; Membongkar Teori Berhukum Statis Menuju Hukum Islam Dinamis*, SUKA Press UIN Sunan Kalijaga, Yogyakarta, 2012, hlm. 63.

³ *Ibid.*

Dalam HR Ibnu Majah, Rasulullah SAW bersabda, yang artinya:

“Janganlah kamu memudharatkan (diri sendiri) dan jangan pula memudharatkan (orang lain)”.⁴

Kemaslahatan di sini tidak terbatas hanya untuk umat Islam, tetapi kemaslahatan untuk segenap penghuni jagad raya ini (*lil`alamin*). Batasan ketentuan pertanggungjawaban hukum harus mengedepankan aspek kemaslahatan. Sementara pengertian *mashlahah* secara terminologi adalah tegaknya pemenuhan kebutuhan kehidupan manusia (kesempurnaan) dan memperoleh hal-hal yang dituntut oleh kualitas-kualitas emosional dan intelektual, dalam pengertian yang mutlak. Menurut Imam Al-Gazzali sendiri mengartikan *maslahah* sebagai suatu ungkapan untuk meraih kemanfaatan atau menghindari dari kerusakan. *Maslahah* yang dimaksud di sini adalah memelihara tujuan *syara'*. Tujuan *syara'* tersebut meliputi 5 (lima) hal, yaitu memelihara Agama (*al-din*), jiwa (*an-nafs*), akal (*al-'aql*), keturunan (*an-nasl*) dan harta (*al-mal*).⁵

Definisi Al-Gaazali memiliki kesamaan dengan definisi yang dikemukakan oleh Asy-Syatibi, hanya saja Asy-Syatibi sering menggunakan kata *maslahah* dengan *maqashid asy-syari'ah* dalam hukum Islam, baik dalam bentuk meraih ke-*maslahatan* maupun menolak ke-*mafsadatan*.⁶ Mengikuti al-Syatibi, M. Fahim Khan, mengatakan *maslahah* adalah pemilikan atau

⁴ Imam Ahmad Ibnu Nizar, *Kaidah-Kaidah Hukum Islam*, Ctk. Pertama, Nusa Media, Bandung, 2011, hlm. 199.

⁵ Al-Gazzali, *al-Mustasfa Min 'Ilmi al-Usul*, dalam Ahmad Faidy Haris, *The Spirit of Islamic Law*. hlm. 65.

⁶ Sabri Samin, *Pidana Islam. Dalam Poliyik hukum Indoensia (elektinisme Pandangan nonmuslim)* ctk 1, Kholam Publishing, Jakarta, 2008.hlm. 31.

kekuatan barang/jasa yang mengandung elemen dasar dan tujuan kehidupan umat manusia di dunia ini (dan peroleh pahala untuk kehidupan akhirat). *Maslahah* ini tidak bisa dipisahkan dengan *maqashid al-syari'ah*.⁷

Adapun dilihat dari segi batasan pengertiannya, terdapat 2 (dua) pengertian, yaitu menurut '*urf* dan *syara*'. Menurut '*urf*', yang dimaksud dengan *al-maslahah* ialah, sebab yang melahirkan kebaikan dan manfaat. Sedangkan pengertian *al-maslahah* menurut *syara*' ialah, sebab yang membawa dan melahirkan maksud *asy-syari* (tujuan)', baik maksud yang berkaitan dengan ibadah maupun muamalah (*al-adat*).⁸ Dengan demikian, maksud dan tujuan hukum Islam sebagaimana telah dikemukakan pada bagian sebelumnya, yaitu tidak lain untuk mewujudkan kemaslahatan bagi umat manusia, dan ini menurut Asy-Syatibi merupakan tujuan hukum Islam yang telah diakui oleh seluruh ulama tanpa satu-pun yang mengingkarinya.

Ini berarti ketika hendak menetapkan hukum yang merupakan hasil interpretasi dan ijtihad, para ulama harus merujuk dan menyelaraskan dengan maksud dan tujuan hukum Islam itu sendiri. Namun demikian, mereka berbeda pendapat tentang bagaimana dan dimana maksud arti tujuan hukum (*maqhasid al-syari'ah*) Islam itu dapat ditemukan, apakah dari teks (*lafadz*) *syari'ah* atau dari makna yang terkandung di dalamnya.⁹

⁷ *Ibid.*

⁸ Abdul Rahman Dahlan, *Ushul Fiqh*. hlm. 305.

⁹ Ahmad Faidy Haris, *The Spirit ... op. cit.*, hlm. 68.

Kemaslahatan diperoleh dengan 2 (dua) cara, yaitu:¹⁰

1. Mewujudkan manfaat, kebaikan dan kesenangan untuk manusia yang disebut *jalbu al-manafi'* (membawa manfaat). Kebaikan dan kesenangan itu ada yang langsung dirasakan oleh yang melakukan saat melakukan perbuatan yang disuruh itu. Ada juga yang dirasakan kemudian hari, sedangkan pada waktu melaksanakannya, tidak dirasakan sebagai suatu kenikmatan.
2. Menghindari umat manusia dari kerusakan dan keburukan yang disebut *dar'u al-mafasid* (menolak kerusakan). Kerusakan itu juga adakalanya dapat dirasakan secara langsung atau tidak langsung.

Kekerasan dalam rumah tangga dapat dirasakan sebagai tindak pidana yang secara langsung merusak jiwa (psikis) dari si korban yang berdampak berkepanjangan dan relatif lama.

Dalam hal ini, perlu dipertimbangkan segi yang menyangkut kepentingan individual/terbatas (*al-maslahah al-khâssah*) dan kepentingan umum/masyarakat luas (*al-maslahah al-'âmmah*), dan prioritas diberikan kepada kepentingan umum/masyarakat luas. *Maslahah* yang terdapat di dalam *nash-nash* dapat dipahami dengan meneliti kandungan makna *nas-nas* itu. Di sini perlu diterapkan langkah *al-tafsîr al-maslahiy li al-nusûs* (interpretasi berorientasi maslahat) terhadap *nas*" dan *al-tatbîq al-maslahiy li al-nusûs* (aplikasi berorientasi-maslahat terhadap *nas*) *al-tatbîq al-maslahiy li al-nusûs*.

¹⁰ Iwan Zainul Fuad, "Asas Mashlahah dengan Hukum Pidana", artikel pada *Jurnal Hukum Islam*, no. 1 Vol.6, 2008, hlm. 3.

Dalam menghadapi kasus/masalah yang tidak ditentukan hukumnya secara eksplisit oleh *nass* yang spesifik, perlu merujuk kepada *nas* yang bersifat umum, diiringi dengan langkah “interpretasi berorientasi masalah terhadap *nash*” dan “aplikasi berorientasi masalah terhadap *nash*”.¹¹ Al-Qur’an adalah suatu ajaran yang berkepentingan terutama untuk menghasilkan sikap moral yang benar bagi tindakan manusia. “Moral” menurut intelektual asal Pakistan Fazlur Rahman, merupakan esensi etika al-Qur’an yang akhirnya menjadi esensi hukum dalam bentuk perintah dan larangan. Nilai-nilai moral adalah poros penting dari keseluruhan sistem yang menghasilkan hukum. Dalam aktivitas kehidupannya, umat Islam dianjurkan mengutamakan kebutuhan terpenting (*maslahah*) agar sesuai dengan tujuan *syari’at* (*maqashid al-syari’ah*).¹²

Al-Qur’an sendiri berbicara tentang *mashlahah* tidak selalu secara eksplisit, tetapi al-Qur’an mengindikasikan *mashlahah* dalam bentuk konteks yang bersifat implisit. Hal ini seakan hanya bisa dicerna dengan interpretasi yang eksploratif. Penunjukkan ayat pada terutama *maslahah* banyak dijumpai dalam bentuk yang samar. Beberapa ayat diantaranya dikutip oleh ulama-ulama *usul* sebagai dasar *maslahah*,

Seperti dalam QS. al-Anbiyaa’ (21) ayat; 107 artinya:

“Dan tiadalah Kami mengutus kamu (Muhammad), melainkan untuk (menjadi) rahmat bagi semesta alam”.

¹¹ *Ibid.* hlm. 4.

¹² Ahmad Faigy Haris, *The Spirit... op. cit.*, hlm. 73.

Hakikat rahmat itu sendiri sebenarnya adalah kemashlahatan manusia. Ibnu Abbas menafsirkan ayat ini dengan pemberian kenikmatan Nabi Muhammad SAW kepada seluruh makhluk di muka bumi termasuk jin dan manusia.¹³

Demikian pula seperti dalam QS. an-Nahl (16) ayat; 90, yang artinya:

“Sesungguhnya Allah menyuruh (kamu) berlaku adil dan berbuat kebajikan, memberi kepada kaum kerabat, dan Allah melarang dari perbuatan keji, kemungkaran dan permusuhan. Dia memberi pengajaran kepadamu agar kamu dapat mengambil pelajaran”.

Imam al-Qurtubi menafsirkan kata “*adl*” dengan kebaikan. Kemudian menafsirkan “*ihsan*” dengan dua makna: *pertama*, berbuat baik, dan *kedua*, menyampaikan kemanfaatan pada orang lain. Kemanfaat itu sinonim dengan kemashlahatan. Ia juga menafsirkan bahwa *ihsan* (berbuat baik) dan berbuat kemaslahatan itu merupakan kewajiban bagi umat manusia. Sedangkan berbuat baik tidak hanya sebatas kepada makhluk tertentu, namun kepada semua tanpa pandang bulu. Dan perbuatan baik itu hendaknya dimanifestasikan dengan menjaga ibadah dan memelihara kebaikan dengan kesempurnaan. Kemudian pula dalam QS. Yunus (10) ayat; 57, dalam ayat ini Allah SWT memberitahukan kepada umat manusia bahwa setelah datang wasiat untuk beramal saleh, *syifa* dan *rahmat* dengan kelembutan hati yang menggerakkan untuk berbuat baik dan *ihsan*. Sedangkan *ihsan* sendiri mempunyai arti perbuatan yang membawa kemanfaatan dan kemashlahatan bagi umat manusia.

¹³ *Ibid.*

Lebih lanjut, ia menafsirkan bahwa ayat-ayat al-Qur'an merupakan wasiat dari Allah SWT yang menggetarkan hati, melembutkan tingkah laku, dan mensucikan jiwa manusia sehingga condong untuk berbuat baik serta *mashlahah* bagi lainnya.¹⁴

Dalam Hadits Rasulullah SAW, yang artinya:

“Sesungguhnya Allah telah menetapkan untuk berbuat kebajikan terhadap segala sesuatu”.

Dari Hadits ini secara tidak langsung dapat dipahami bahwa, menurut Najmuddin At-Tufi yang menjadi basis tujuan hukum adalah kemashlahatan, tidak untuk yang lain, sebagaimana dipahami dan dijadikan bukti tekstual atas eksistensi *mashlahah* itu sendiri.¹⁵

Besarnya tantangan hukum pidana Islam dalam menghadapi dan menjawab perubahan dan dinamika hukum, maka tidak menutup kemungkinan hukum Islam dapat melakukan penafsiran kembali (reintepretasi) maupun aplikasinya. Akan tetapi, hal tersebut tidaklah merubah semua ketentuan yang sudah ada, melainkan bahwa reinterpretasi tersebut harus melihat pada perubahan hukum yang disesuaikan dengan konteks *al-Islaamu shalihun li kulli zaman wa makan* (waktu, zaman dan tempat), sehingga hukum Islam tetap mampu menjawab tantangan jaman.

¹⁴ Abu Abdullah Muhammad bin Ahmad al-Anshari al-Qurtubi, *al-Jami li al-Ahkam al-Qur'an*, Juz x, dalam Ahmad Faigy Haris, *The Spirit... Ibid*, hlm. 73-74.

¹⁵ Farid, *Kedudukan Masalahah dalam Hukum Islam*, hlm. 70.

Ibn al-Qoyyim al-Jauziyah sendiri berpendapat, bahwa hukum Islam juga mengenal adanya relevansi¹⁶ hukum dengan gejala-gejala sosial yang baru. Dari pernyataan Ibn al-Qoyyim tersebut disebutkan dengan jelas bahwa, hukum itu sendiri mengalami atau dapat berubah sesuai dengan perubahan jaman, tempat dan keadaan. Dengan demikian, pintu untuk berijtihad masih sangat terbuka dalam arti reinterpretasi hukum Islam.

Maslahah sebagai salah satu asas yang semakin diakui eksistensinya oleh kalangan sarjana hukum Islam (*fuqaha*) dalam melakukan *istinbat al-hukumnya* (*rechtvinding*), penulis pandang layak digunakan untuk menambah wacana keilmuan hukum pidana, khususnya dalam hal upaya penyelesaian tindak pidana dalam kasus kekerasan dalam rumah tangga dan tindak pidana Lalu lintas ini. Pertimbangannya, tujuan penggunaan asas *maslahah* bertumpu pada lima kepentingan dasar (*al-kuliyah al-khamsah*) yakni memelihara Agama (*al-din*), jiwa (*an-nafs*), akal (*al-'aql*), keturunan (*an-nasl*) dan harta (*al-mal*), dimana hal-hal tersebut juga merupakan kepentingan-kepentingan yang dilindungi oleh norma hukum, sehingga seluruh kemaslahatan itupun juga menjadi tujuan yang ingin dicapai oleh hukum pidana.

Asy-Syatibi mengkatagorikan kelima unsur *mashlahah* tersebut menjadi 3 (tiga) tingkatan, yaitu:¹⁷

1. *al-Maslahah adh-Dharuriyyat* (kemashlahatan primer), adalah kemashlahatan yang memelihara kelima unsur pokok manusia tersebut di

¹⁶ Relevansi di sini diartikan secara leksikal etimologis yang mengandung arti: hubungan, kaitan. Pusat Bahasa-Depdiknas, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, Edisi Ketiga, Balai Pustaka, Jakarta, 2005, , hlm. 943.

¹⁷ Abdul Rahman Dahlan, *Ushul Fiqh... op. cit*, hlm. 309-310.

atas secara mutlak. Mengabaikan ke-mashlahatan dalam tingkatan ini mengakibatkan hilangnya keseimbangan keAgamaan dan keduniaan manusia.

2. *al-Maslahah al-Hajiyyat* (ke-mashlahatan sekunder), adalah ke-mashlahatan yang dipergunakan untuk memperluas tujuan *masalih* dan menghilangkan kekuatan makna *harfiyah* yang penerapannya membawa kepada rintangan-rintangan, kesulitan dan kerusakan (*mafsadah*). Jika *al-hajiyyat* tidak dipertimbangkan bersama, maka *al-dharuriyyat* manusia secara keseluruhan akan menghadapi kesulitan. Akan tetapi, *mashlahah hajiyyat* tidak dapat merusak keseluruhan mashlahah. Contoh penerapan mediasi pidana atau *tahkim* dalam penyelesaian suatu tindak pidana, pelanggaran hukum pidana tersebut termasuk kategori delik aduan, baik aduan yang bersifat absolut maupun aduan yang bersifat relative
3. *al-Maslahah at-Tahsiniyyat* (ke-mashlahatan tersier), adalah ke-mashlahatan mengambil apa yang sesuai dengan kebiasaan (adat) yang paling baik dan menghindari cara-cara yang tidak disukai oleh masyarakat. *Maslahah* jenis ini meliputi kebiasaan mulia (etika moralitas). Contoh *mashlahah* tingkatan ini adalah seperti dalam ibadah, kesucian ataupun kesopanan dalam menutup bagian-bagian tubuh tertentu.

Pada hakikatnya, baik kelompok *adh-dharuriyyat*, *al-hajjiyyat* maupun *at-tahsiniyyat* bertujuan untuk memelihara kelima hal pokok yaitu Agama, jiwa, akal, keturunan dan harta benda. Hanya saja peringkat kepentingannya berbeda satu sama lain. Kebutuhan dalam kelompok pertama (*dharuriyyat*) dapat dikatakan sebagai kebutuhan primer kalau kelima hal pokok itu diabaikan akan berakibat terancamnya keberadaan kelima hal pokok itu. Kebutuhan dalam kelompok kedua (*hajjiyyat*) dapat disebut sebagai kebutuhan sekunder. Artinya, jika kelima hal pokok dalam kelompok ini diabaikan tiada mengancam keberadaannya, melainkan akan mempersulit dan mempersempit kehidupan manusia. Sedangkan kebutuhan dalam kelompok ketiga (*tahsiniyyat*) dapat disebut sebagai kebutuhan tersier erat kaitannya dengan upaya untuk menjaga etika sesuai dengan kepatutan, dan tidak akan mempersulit, apalagi mengancam eksistensi kelima hal pokok itu. Dengan kata lain, bahwa kebutuhan dalam kelompok ketiga bersifat komplementer.¹⁸

Dari ketiga unsur *mashlahah* tersebut diatas memberikan alur dari gambaran hukum pidana Islam sebagai kontribusi mediasi pidana dalam penyelesaian tindak pidana dalam tindak pidana tertentu di Indonesia dengan berdasarkan teori kemaslahatan saja diatas, ataukah hanya dilakukan terhadap tingkat kemaslahatann tertentu saja?

¹⁸ Fathurrahman Djamil, *Metode Ijtihad Majlis Tarjih Muhammadiyah*, Logos Publishing House, Jakarta, t.t, hlm. 27.

Kiranya setiap muslimin sepakat bahwa sumber hukum tertinggi dalam Islam adalah al-Qur'an dan Hadits. Alquran dan Hadits menawarkan proses penyelesaian sengketa melalui dua cara, yaitu pembuktian fakta hukum (ajudikasi) dan penyelesaian melalui perdamaian (*Tahkim*). Penyelesaian sengketa melalui proses pembuktian fakta hukum (ajudikasi) dilakukan dengan pengajuan sejumlah alat bukti oleh para pihak dalam menuntut atau mempertahankan haknya dihadapan pengadilan.¹⁹ Namun, seiring berjalannya waktu, permasalahan-permasalahan yang ditemui umat Islam pun kian berkembang. Ketika permasalahan-permasalahan tersebut tidak dapat lagi diselesaikan hanya melalui al-Qur'an dan Hadist secara eksplisit, maka langkah yang dapat lakukan adalah dengan ijtihad.²⁰

Praktik *ijtihad* pernah dilakukan oleh Rasulullah SAW ketika beliau membebaskan tahanan perang badar dengan syarat mereka mau mengajar baca tulis kepada kaum muslimin. Keputusan Rasulullah SAW tersebut dapat dikatakan sebagai bentuk diskresi dimana tahanan yang seharusnya masih dipenjara namun oleh Rasulullah SAW dibebaskan. Selain Rasulullah saw praktik ijtihad model diskresi juga pernah dilakukan para sahabat sebagai bentuk penggalian hukum terhadap kasus-kasus tertentu dalam penetapan hukum, antara lain ijtihad khalifah Abu Bakar Shidiq yaitu memerangi mani' az-zakah pada masa pemerintahannya dimana setelah sepeninggal Rasulullah SAW sebagian masyarakat muslim saat itu enggan untuk mengeluarkan zakat.

¹⁹ Abdul Rahim dalam Abdul Aziz Said, Nathan C. and Ayse S. Kadayifci, *Peace and Conflict Resolution in Islam*, (New York: University Press of America, 2007), h. 366-367

²⁰ Nasruddin Rusli dalam Aristoni, *Jurnal Penelitian*, Vol. 8, No. 2, 2014, h. 240

Mungkin mereka menyangka zakat semacam upeti yang diberikan kepada Rasulullah SAW, sehingga setelah beliau wafat, maka gugurlah kewajiban untuk mengeluarkan zakat. Abu Bakar dengan pertimbangan kemaslahatan (*masalah mursalah*) umat kemudian memerintahkan untuk memerangi mereka.²¹

Dalam konteks ini Nabi Muhammad SAW menyatakan: “alat bukti dibebankan kepada penggugat, sedangkan sumpah kepada pihak yang mengingkari.” Pengajuan alat-alat bukti ini dimaksudkan untuk membuktikan siapa yang berhak dan berwenang terhadap sesuatu dan siapa yang tidak berwenang atau tidak berhak terhadap sesuatu. Melalui akan terungkap dengan jelas duduk perkara dan pihak mana yang mendapat hak sesuai dengan hukum Allah. Bukti adalah standar ukur (norma) bagi Hakim dalam memutuskan perkara.²²

Islam sendiri mengajarkan bahwa penyelesaian sengketa dapat dilakukan dengan singkat, bila diletakkan pada paradigma bahwa manusia berada dalam satu kesatuan, seperti satu keluarga yang memperlakukan sama setiap anggota keluarga. Ini adalah suatu ajaran bahwa asal usul manusia adalah sama. Islam tidak memandang kemuliaan dan keistimewaan seseorang pada ras, etnis, atau kata suku, tetapi Islam memiliki dua kriteria yang membuat orang memiliki kemuliaan yaitu keimanan.

²¹ Nasruddin Rusli, *Konsep Ijtihad al-Syaukani; Relevansinya Bagi Pembaharuan Islam Di Indonesia*, Ciputat, Logos Wacana Ilmu, 1999, h. 331

²² Abdul Rahim, *Op. cit.*, h. 368

Dalam Al -Quran surat An-Nahl ayat 90, Allah menyatakan:

Artinya:

“Sesungguhnya Allah menyuruh (kamu) berlaku adil dan berbuat kebajikan, memberi kepada kaum kerabat, dan Allah melarang dari perbuatan keji, kemungkaran dan permusuhan. Dia memberi pengajaran kepadamu agar kamu dapat mengambil pelajaran.”

Allah berfirman dalam surat Al-Hujurat ayat 9-10:

Artinya:

“Dan jika ada dua golongan dari orang-orang mu'min berperang maka damaikanlah antara keduanya. Jika salah satu dari kedua golongan itu berbuat aniaya terhadap golongan yang lain maka perangilah golongan yang berbuat aniaya itu sehingga golongan itu kembali kepada perintah Allah; jika golongan itu telah kembali (kepada perintah Allah), maka damaikanlah antara keduanya dengan adil dan berlaku adillah. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang berlaku adil.”

“Sesungguhnya orang-orang mu'min adalah bersaudara karena itu damaikanlah antara kedua saudaramu dan bertakwalah kepada Allah supaya kamu mendapat rahmat.”

Al-Qur'an diatas menjelaskan, bahwa Allah SWT menganjurkan agar manusia dapat menyelesaikan sengketa dengan memperhatikan prinsip (*dharuriyyat* (primer) sampai tingkat *hajjiyyat* (sekunder) dan dalam tingkat *tahsiniyyat* (tersier). Hal ini sejalan dengan sifat mediasi yang penyelesaian sengketanya bersifat consensus (kesepakatan) dengan cara negosiasi dan dapat diselesaikan tanpa melalui proses litigasi.

Kajian ini penulis mencoba menggambarkan bagaimana hukum Islam dari segi kemasalahatan turut berkontribusi dalam proses penyelesaian tindak pidana dengan menggunakan mediasi pidana, dari berbagai sudut pandang baik filosofis yuridis maupun sosiologis, tentunya tidak terlepas dari nash yang telah ditentukan seperti.

Seperi Ushul fiqh terkait “dasar pokok bagi segala sesuatu adalah boleh atau dalam ungkapan aslinya berbunyi “*Al-ashlu fi asyya al-ibahah*”. Dengan catatan jika tidak ada nash yang turun dalam hal itu.

Mediasi pidana sebagai salah satu aspirasi pembaharuan hukum pidana kedepan, memiliki celah, jika diterapkan secara baik dengan payung hukum (*mediation within the framework of criminal law*) yang terintegrasi dalam KUHP itu sendiri maupun KUHAP. penulis yakin, efektivitas sistem penyelesaian perkara pidana akan menjadi fleksibel, kecepatan dan rendahnya biaya, serta kekuasaan oleh para pihak untuk menentukan prises dan kesepakatan yang diinginkan menjadi lebih arif. Perkara-perkara yang memiliki sanksi dan denda yang sangat ringan kiranya dikesampingkan, tidak membutuhkan waktu yang sangat lama dengan kewenangan penegak hukum (diskresi). Oleh karenanya, pengkajian mediasi pidana akan memiliki makna lebih, jika melihat dari nilai-nilai syariat Islam, karenanya bersifat *syammil, kamil, muttakammil* (menyeluruh, sempurna dan saling menyempurnakan).

RUU KUHP 2016 telah memberikan ruang, bagaimana mekanisme mediasi pidana dapat di aplikasikan. Termaktub dalam isi Bab IV terkait gugurunya kewenangan penuntutan dan pelaksanaan pidana dalam Pasal 152 huruf (d). meskipun dalam Pasal tersebut penulis berpendapat, tidak ada gambaran penjelasan secara rinci terkait gugurnya kewenangan penuntutan dengan adanya “Penyelesaian di luar proses” tersebut (*Out of Court System*). Sehingga pemahaman tersebut masih harus terus dikaji kembali oleh ahli hukum pidana dan penegak hukum.

Namun, hal ini patut di perjuangkan secara legalitas formil sebagai terobosan hukum yang sangat konstruktif, dimana hukum Islampun turut berkontribusi dalam lingkup dasar legal formilnya (*Al-Qur”an dan Al- Hadist*) sebagai pembaharuan kedepan, dan akan berlaku secara nasional tidak hanya lingkup internal pengadilan saja.

Memahami pengaplikasikan mediasi pidana itu sendiri nyatanya tidak terlepas dari kebijakan “aplikasi” merupakan bentuk moderanisasi hukum pidana dalam usaha untuk keluar dari belenggu kesulitan untuk mempertahankan sanksi pidana, yakni berkisar tujuan pokok yaitu; melindungi kepentingan umum, mencegah serta mengendalikan kejahatan dan memperbaiki orang yang melanggar hukum pidana.

Penulis berasumsi bahwa terjadi ketidakseimbangan melihat penerapan dari akibat pelanggaran peristiwa pidana mengakibatkan derita pada orang lain. Jadi untuk mempertahankannya harus memberikan wujud rasa kemasalahatan melalui peradilan retoratif (*restorative justice*) yang sesuai dengan perasaan keadilan masyarakat di masing-masing wilayah tersebut. Menurut hemat penulis hal ini dibuat dan dimuat berdasarkan keadilan dan nilai-nilai yang sesuai dengan *culture* masyarakat Indonesia pada umumnya. Hingga saat ini Ide *Penal reform* itu sendiri sarat akan isu pragmatism, ini harus menjadi catatan khusus dalam sistem pemidanaan sekarang ini.

Yurisprudensi dalam Islam melihat, korban dapat dipulihkan haknya melalui berbagai macam cara, pada korban dapat mendesak penuntut umum agar pelaku mendapatkan hukuman yang semestinya. Dengan hal yang demikian, korban dapat membuat pelaku merasakan apa yang dirasakan, hal seperti ini dinamakan dengan *qisash* atau yang biasanya disebut dengan pembalasan sistematis. Namun, korban dapat ditawarkan tiga (3) pilihan dalam penyelesaian sengketa yang dialaminya yang diakitan dengan pelaku, pilihan tersebut berupa kompensasi, konsisali, dan/atau pengampunan/maaf. Disini kompensasi merupakan pilihan penyelesaian yang paling sering dilakukan.

Anjuran metode yang dilakukan dalam proses sengketa secara damai tersebut telah ada sejak pertama kali agama Islam diturunkan 1400 tahun silam dalam berbagai bentuk metode penyelesaian sengketa seperti negosiasi, mediasi arbitrase pandangan ahli, *ombudsman*, dan *med-arb*.²³ dua metode penyelesaian sengketa yaitu *sulh* (mediasi) kaitannya perkara hukum pidana sedangkan *tahkim* (arbitrase) kaitannya dengan perkara perdata merupakan bagian bagian integral dari sistem peradilan Islam, selain *qodha* (proses adjudikasi). *Tahkim atau sulh* merupakan metode penyelesaian Sengketa yang telah ada dalam masyarakat arab sebelum Islam masuk dan diturunkan kemudian diadopsi menjadi bagian dari sistem peradilan Islam.

²³ Syed Khalid Rashid, "Peculiarities and Religious Underlining of ADR in Islamic Law," in Asia Pacific Mediation Forum (Kuala Lumpur 2008). Sebagaimana dikutip dalam Fatahillah A. Syukur, *Mediasi Perkara KDRT Teori dan Praktek Di Pengadilan Indonesia*, hal. 78.

Hukum Islam sendiri bahkan memprioritaskan penggunaan *Tahkim* sebagai metode penyelesaian sengketa dibandingkan proses adjudikasi. *Tahkim* (mediasi pidana) juga bisa dipakai untuk menangani delik pidana.²⁴

Seperti yang dijelaskan Hussain dan Muhammad bahwa ;²⁵

Dalam konteks hukum pidana Islam, dimaksud dengan *sulh* adalah mencapai suatu kesepakatan untuk membebaskan atau meringankan sanksi untuk pelaku. *Sulh* dapat digunakan antara pelaku dan korban atau keluarganya khususnya bila melanggar hak seseorang (korban), serta digunakan antara pelaku dan Hakim jika hak melibatkan hak Allah (Misalnya hak Publik)

Konsekuensi hukum pidana Islam terhadap peluang mediasi pidana yang nantinya diterapkan memberikan dampak yang signifikan dalam sistem peradilan pidana kedepan. Meskipun tidak semua tindak pidana kejahatan dapat ditangani oleh *Tahkim*, yang dikaitkan dengan hak-hak Allah (Hudud) tidak bisa dimediasi, namun kejahatan yang sudah tertera dalam Al-Qur'an dan Sunnah dan merupakan bagian dari *hudud* seperti *qisash* dan *diyat* masih bisa dilakukan mediasi.

Dari uraian diatas, maka hukum Islam dengan metode pendekatan secara komperhensifnya memberikan gambaran secara mendetail dan dalam hal ini penulis membaginya dengan 2 (dua) Tindak pidana yang menurut perkembangannya memiliki peluang yakni; yang ditekankan kepada tindak pidana yang berhubungan dengan keluarga, dan tindak pidana yang berkaitan dengan lalu lintas.

²⁴ Nasimah Hussin and Ramizah Wan Muhammad, "*Sulh in Islamic Criminal Law: Its Application in Muslim Countries*, "in *Asia Pacific Mediation Forum* (Kuala Lumpur 2008) dalam thesis. Arif Hamzah, *Perdamaian dalam Hukum Islam, UI*, hlm. 95.

²⁵ *Ibid*

Tindak pidana kekerasan dalam Rumah Tangga (KDRT) dalam kaitan konsep kemaslahatan mengatur kriteria *dharuriyyat* (primer) sampai tingkat *hajjiyyat* (sekunder) dan dalam tingkat *tahsiniyyat* (tersier) juga mengatur hal tersebut, tindak pidana kekerasan dalam rumah tangga sendiri memiliki unsur pelanggaran berkaitan dengan kehormatan manusia (*an-nafs*) dan jiwa (*an-nasl*) yang terkandung dalam *al-mashalih al-khamsah*. praktiknya dapat dimungkinkan untuk diterapkan, meskipun hukum (positif) tidak dimungkinkan untuk mengatur etika, norma, sopan santun, namun hanya terbatas pada perbuatan hukum (pidana) saja. Namun dalam kaitanya terhadap penyelesaian tindak pidana kekerasan dalam rumah tangga dengan menggunakan mediasi pidana atau *tahkim* ini dengan mengacu kepada konsep kemaslahatan atau *dar'ul mafasid muqoddam 'ala jalbi al-mashalih* (menolak kerusakan dan mengutamakan kemanfaatan), sehingga penyelesaian tersebut menimbulkan rasa keadilan dan terciptanya kerukunan yang mengandung nilai *mu'asyarah bil ma'ruf*.

Jika dilihat dari tujuan penggunaan asas *maslahah* bertumpu pada lima kepentingan dasar (*al-kuliyah al-khamsah*) yakni memelihara Agama (*al-din*), jiwa (*an-nafs*), akal (*al-'aql*), keturunan (*an-nasl*) dan harta (*al-mal*), tindak pidana KDRT sesungguhnya telah merusak jiwa, dan bisa mempengaruhi faktor keturunan, juga merenggut kehormatan jiwa seseorang, serta hal yang berujung dengan Harta. Islam sangat melarang perbuatan dengan Allah berfirman Surat An-Nisa ayat 19 :

Hai orang-orang yang beriman, tidak halal bagi kamu mempusakai wanita dengan jalan paksa, dan janganlah kamu menyusahkan mereka karena hendak mengambil kembali sebagian dari apa yang telah kamu berikan kepadanya, terkecuali bila mereka melakukan pekerjaan keji yang nyata. Dan bergaullah dengan mereka secara patut. Kemudian bila kamu tidak menyukai mereka, (maka bersabarlah) karena mungkin kamu tidak menyukai sesuatu, padahal Allah menjadikan padanya kebaikan yang banyak.

Tiga kategori didalamnya; baik kelompok *adh-dharuriyyat*, *al-hajiyyat* maupun *at-tahsiniyyat* dengan *Sulh* Berkaitan dengan dalam penyelesaian tindak pidana KDRT, jika dilihat secara skala primer, sekunder dan tersier mediasi pidana dapat terapkan guna terciptanya *maslahatan* dan menolak *ke-mafsadahtan*, dan memberikan nilai rasa keadilan bagi kerukunan dalam berumah tangga antara suami dan istri sesuai dengan nilai-nilai syariah Islam atau mengandung nilai *mu'asyarah bil ma'ruf* dalam konsep berkeluarga yang sesuai dengan fitrah manusia dan kembali mewujudkan ruang lingkup dalam berumah tangga yang *sakinah, mawadah, dan warahmah*.

Oleh karena itu, implementasi penyelesaian tindak pidana dalam rumah tangga dan dalam pertanggungjawaban pidana, harus secara lebih spesifik dapat dilakukan dengan melihat ancaman dan kerugian yang ditimbulkan dari tindak pidana (*jarimah*) tersebut jika dikaitkan terhadap bentuk-bentuk kemaslahatan yang dilindungi dalam hukum pidana yang setidaknya terdiri dari kemaslahatan Agama, kemaslahatan jiwa, kemaslahatan akal, kemaslahatan kehormatan/ keturunan dan kemaslahatan harta benda.

Berdasarkan bentuk-bentuk kemaslahatan (*al-mashalih al-khamsah*) di atas, maka secara negatif dapat disimpulkan bahwa perbuatan yang dapat dimintai pertanggung-jawaban pidana menurut asas *maslahah*, yaitu sebagai berikut :

1. Tindak pidana terhadap kemaslahatan Agama (*al-din*);
2. Tindak pidana terhadap kemaslahatan jiwa/nyawa/badan (*an-nafs*);
3. Tindak pidana terhadap kemaslahatan akal (*al-'aql*);
4. Tindak pidana terhadap kemaslahatan keturunan/kehormatan (*an-nasl*); dan
5. Tindak pidana terhadap kemaslahatan harta benda (*al-mal*).

Dalam keterkaitan *nash* terhadap konsep mediasi pidana atau *tahkim* dalam kasus kekerasan dalam rumah tangga yang dianggap legitimasi bagi seorang suami untuk memaksa istrinya berhubungan seks adalah:

*“Istri-istrimu adalah (seperti) tanah tempat kamu bercocok tanam, maka datangilah tanah tempat bercocok-tanammu itu bagaimana saja kamu kehendaki. Dan kerjakanlah (amal yang baik) untuk dirimu, dan bertakwalah kepada Allah dan ketahuilah bahwa kamu kelak akan menemui-Nya. Dan berilah kabar gembira orang-orang yang beriman.”*²⁶

Menurut Quraish Shihab ayat 223 surat al-Baqarah menegaskan bahwa istri bagaikan tempat bercocok tanam/ladang bukan saja mengisyaratkan bahwa anak yang lahir adalah buah dari benih yang ditanam oleh ayah. Istri hanya berfungsi sebagai ladang yang menerima benih. Demikian jangan salahkan ladang bila yang tumbuh apel bisa yang ditanam mangga.²⁷

²⁶ Dalam Q.S, Al-Baqarah. (2) : 223

²⁷ Quraish Shihab, *Tafsir al-Misbah*, op.cit hlm 480

Seorang petani yang baik mengerti dan paham ladangnya. Tanah yang subur harus diatur masa dan musim tanamnya. Menjaga ladangnya dari segala gangguan dengan perhatian yang lebih. Jika sudah menanam benih harus dipupuk dan tidak boleh dibiarkan/ditinggal agar buah yang dipanen berkualitas baik. Begitu juga suami layaknya petani harus memperlakukan seorang istri dengan baik ketika berhubungan seksual, karena istri bukan hanya seperti ladang tapi lebih dari itu memberikan hidup pada suami, karena itu harus diberikan perhatian lebih, melebihi memeperhatikan ladang.²⁸ Sesuai firman Allah SWT Dalam Q.S. Al- Baqarah 187 yaitu;

*“Meraka itu istri-istrimu adalah pakain bagimu dan kamu pun adalah pakain bagi mereka”*²⁹

Dari pendekatan kedua hal ini, permasalahannya yang muncul dalam hal-hal dari aspek domain dan represif dan sebuah *khitab* ketika ditemukan sebuah kemaslahatan bercampur dengan kemanfaatan adalah seorang istri tidak lebih dari sekedar *property* yang seolah-olah tidak memiliki hak apapun, termasuk hak menolak berhubungan badan.

Padangan lain dikemukakan oleh al-Syatibi dilihat dalam aspek hukum dilematis seperti ini menjawabnya dengan beberapa alternatif. Pertama menentukan intensitas kemaslahatan sisi menonjol atau aspek domainnya. Jika domainnya adalah sisi kemaslahatannya, maka dianggap sebagai kemaslahatan dan sebaliknya. Persoalan yang muncul kemudian adalah, bagaimana jika yang domain adalah sisi yang tidak dianggap sebagai kemaslahatan?

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Q.S. Al- Baqarah 187.

Dalam kasus seperti ini, menurut al-Syatibi yang perlu dilakukan adalah memahami kemaslahatan yang dalam posisi represif sebagai sebuah adat atau tradisi saja yang dimana *muqasid* semacam ini tidak diartikan dalam rangka mendapatkan kemanfaatan. Misalkan dalam kasus *qisash* yang menjadi tujuan *syara'*nya adalah perlindungan antisipasif terhadap kemaslahatan jiwa, aktifitas *qisash* sendiri bukan sebagai tujuan utamanya. dalam hal ini, kewenangan suami berupa paksaan berhubungan badan dengan istrinya bukan sebagai tujuan utama, namun mendapatkan kemaslahatan *al-nasl* menjadi tujuannya. Pertimbangan eksternal tertentu juga akan sangat mempengaruhi penyikapan KDRT selanjutnya.

Pertimbangan eksternal yang dapat mendominasi pertimbangan internal akan menghadap seseorang *mujtahid* kepada beberapa pilihan yang menuntut pembuktian-pembuktian demonstrative yang bebas dan tidak tendensius atau *al-burhamu al-mutlaqu*.

Dari semua proses tersebut merupakan ijihad yang apapun hasilnya mendapatkan pembenaran dari sisi Allah SWT.³⁰

Lebih lanjut ayat yang melegitmasi seorang suami berhak melakukan kekerasan terhadap istrinya sehingga timbul sebuah kekerasan dalam rumah tangga;

“Mereka bertanya kepadamu tentang haidh. Katakanlah: “Haidh itu adalah suatu kotoran.” Oleh sebab itu hendaklah kamu menjauhkan diri dari wanita di waktu haidh; dan janganlah kamu mendekati mereka, sebelum mereka suci. Apabila mereka telah suci,

³⁰ Asafari Jaya Bakri, Konsep,” *Maqasid Syariah*”, hlm 61

*maka campurilah mereka itu di tempat yang diperintahkan Allah kepadamu. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang bertaubat dan menyukai orang-orang yang mensucikan diri”.*³¹

Dalam ayat selanjutnya juga disebutkan :

“Kaum laki-laki itu adalah pemimpin bagi kaum wanita, oleh karena Allah telah melebihkan sebahagian mereka (laki-laki) atas sebahagian yang lain (wanita), dan karena mereka (laki-laki) telah menafkahkan sebagian dari harta mereka. Sebab itu maka wanita yang saleh, ialah yang taat kepada Allah lagi memelihara diri ketika suaminya tidak ada, oleh karena Allah telah memelihara (mereka) Wanita-wanita yang kamu khawatirkan nusuhnya” maka nasehatilah mereka dan pisahkanlah mereka di tempat tidur mereka, dan pukullah mereka.

*Kemudian jika mereka mentaatimu, maka janganlah kamu mencari jalan untuk menyusahkannya. Sesungguhnya Allah Maha Tinggi lagi Maha Besar.”*³²

Kedua ayat tersebut sering dijadikan pedoman pembenar dalam melakukan kekerasan dalam rumah tangga terhadap istri adalah perbuatan yang dapat menghancurkan kehormatan rumah tangga dan mangandung kemudharatan, serta bukan merupakan hal yang baik untuk dibiarkan saja dalam hubungan suami-istri. Dampak psikis bisa mengakibatkan trauma yang mendalam terhadap seorang istri.

Melihat dari akibat terjadinya KDRT sangat bertentangan dengan *muqasid syari'ah* dalam tingkat kebutuhan *daruyyiah* yang terkandung dalam konsep kemaslahatan *al-mashalih al-khamsah*, maka hal ini melanggar salah satu dari kemaslahatan tersebut yaitu kemaslahatan jiwa/nyawa/badan (*hifz an-nafs*) dari seorang istri. Sehingga menghindari perbuatan kekerasan dalam rumah tangga sama dengan melaksanakan tujuan syariah untuk menjaga jiwa.

³¹ Al-Baqarah (2) : 222

³² An-Nisaa (4) : 34

Karena sejatinya bahwa dalam kehidupan berumah tangga antara suami-istri terciptanya kerukunan yang sesuai dalam prinsip *mu'asyarah bi al-ma'ruf* yang terkandung dalam ayat Q.S.Ar-Rum ayat 21 dibawah ini;

*Dan di antara tanda-tanda kekuasaan-Nya ialah Dia menciptakan untukmu isteri-isteri dari jenismu sendiri, supaya kamu cenderung dan merasa tenteram kepadanya, dan dijadikan-Nya diantaramu rasa kasih dan sayang. Sesungguhnya pada yang demikian itu benar-benar terdapat tanda-tanda bagi kaum yang berfikir.*³³

Sebagaimana yang telah kita ketahui bahwa KDRT memberikan dampak yang buruk bagi korbannya. Perbuatan ini dapat berkibat buruk bagi psikis (akal), fisik (tubuh), dan jiwa, dan akibatnya yang sangat buruk bisa mengakibatkan kematian (kehilangan nyawa). Dari sini kita bisa melihat KDRT melanggar *muqasid as-syari'ah* karena perbuatan yang merugikan hak orang lain yang seharusnya dijaga Allah SWT telah mengatakan dalam al-Quran.

*Dan janganlah kamu membuat kerusakan di muka bumi, sesudah (Allah) memperbaikinya dan berdoalah kepada-Nya dengan rasa takut (tidak akan diterima) dan harapan (akan dikabulkan). Sesungguhnya rahmat Allah amat dekat kepada orang-orang yang berbuat baik.*³⁴

Pandangan ayat diatas patut pahami bahwa, perbuatan yang merusak, menyakiti, mengganggu, dan berbuat keonaran, bukan merupakan perbuatan yang sejalan dalam spirit Islam yang *rahamatan lil'alamin*. Hal ini juga menyimpang dalam konsep *mu'asyarah bi'al-ma'ruf* yang secara implemestasinya kongkritnya hal ini senantiasa ditekankan oleh Rasulullah

³³ Q.S. Ar-Rum (30) : 21

³⁴ Q.S. Al-A'araf (7) :56

untuk dijadikan prinsip moral yang senantiasa diaktualisasikan dalam kehidupan sehari-hari, khususnya yang berkaitan dengan relasi suami istri.

Hubungan suami – istri yang harmonis merupakan salah satu modal dalam pembentukan keluarga *sakinah*. Dalam Islam masalah hubungan seksual suami dan istri ini memang mendapatkan perhatian yang serius, mengingat begitu banyak hadist Nabi SAW yang mengutarakannya. Pada prinsipnya, hubungan seksual suami dan istri yang baik adalah *win-win* bukan *win-lose* bukan pula *lose-lose*. Artinya kedua belah pihak harus dapat menikmati dalam berhubungan seksual, tidak hanya suami dan istri saja atau istri dan suami atau kedua-duanya sama-sama tidak menikmati (ini yang parah).³⁵

Oleh karena itu dalam membina kehidupan rumah tangga khususnya menyangkut relasi seksual suami-istri suasana komunikasi dialogis secara musyawarah dan demokrasi seharusnya selalu diaktualisasikan oleh kedua belah pihak. Prinsip musyawarah ini merupakan realisasi konkrit dalam konsep *mu'asyarah bi 'al-ma'ruf*. Hal yang menyimpang dari realisasi konkrit *mu'asyarah bi 'al-ma'ruf* sehingga menimbulkan kekerasan dalam rumah tangga antara suami-istri, Al-Qur'an berpendapat, mengharuskan adanya proses peradilan maupun non peradilan dalam penyelesaian sengketa keluarga, baik kasus *syiqa'q* maupun *nusyuz*. *Syiqa'q* merupakan perselisihan yang

³⁵ Fathul Jannah dkk, *op.cit* hlm 45

berawal dan terjadi pada kedua belah pihak suami isteri secara bersama-sama.³⁶

Dalam kaitannya penyelesaian kemelut KDRT antara suami dan istri, Islam memerintahkan agar kedua belah pihak mengutus dua orang *hakam* (juru damai). Pengutusan *hakam* bermaksud untuk berusaha mencari jalan keluar terhadap kemelut rumah tangga yang dihadapi oleh suami isteri. Proses penyelesaian sengketa melalui pihak ketiga dikenal dengan istilah *tahkim*, didasarkan pada al-Qur'an Surat An-Nisa' ayat (35):

Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya, maka kirimlah seorang hakam dari keluarga laki-laki dan seorang hakam dari keluarga perempuan. Jika kedua orang hakam itu bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami-isteri itu. Sesungguhnya Allah Maha Mengetahui lagi Maha Mengenal.

Ayat ini menganjurkan adanya pihak ketiga atau mediator yang dapat membantu pihak suami isteri dalam mencari jalan penyelesaian sengketa keluarga mereka. Pihak ketiga ini terdiri atas wakil dari pihak suami dan pihak isteri yang akan bertindak sebagai mediator. Dipilihnya *hakam* dari masing-masing pihak dikarenakan perantara itu lebih mengetahui karakter, sifat keluarga mereka sendiri. Ini lebih mudah untuk mendamaikan suami isteri yang sedang berselisih. An Nawawiy dalam penjelasan Muhazzab menyatakan bahwa penunjukan *hakam* itu disunnahkan dari pihak suami isteri, tidak boleh dari pihak lain.

³⁶ Syahrizal Abbas, *op.cit*, hlm 184

Sama halnya dalam tindak pidana lalu lintas, mediasi pidana sebagai sarana terciptanya wujud hukum pidana yang berkeadilan dan mementingkan kepentingan pelaku dan korban menjadi sarana penyelesaian dengan mengedepankan nilai-nilai sosiokultural di masyarakat. Hukum kepolisian sendiri secara keseluruhan merupakan sub Integrasi dari lingkup hukum administrasi sehingga dalam mengkaji pola dan fungsi hukum yang ditegakkan oleh kepolisian tidak terlepas didalamnya. Dengan kaidah ikhwal yang tertaman dalam Undang-undang dimana peran dan fungsi kepolisian dalam proses penegakan hukum memberikan rasa aman dan nyaman serta terpeliharanya keamanan dan ketertiban di masyarakat sebagai sarana kontrol sosial.

Diskresi sendiri sebagai kewenangan yang dimiliki oleh penegak hukum memiliki fungsi sebagai sarana upaya lain dalam hal penyelesaian, khususnya tindak pidana.

Diskresi yang dimiliki kepolisian memiliki makna sesuatu yang melekat untuk bertindak atas kebijakan dan penilaian dalam rangka menjalankan fungsi kepolisian.

Banyaknya kekurangan penyelesaian perkara pidana melalui pendekatan represif yang sebagaimana dilaksanakan dalam Sistem Peradilan Pidana, telah melahirkan keadilan Retributif, yang berorientasi pada pembalasan berupa pemidanaan dan pemenjaraan Pelaku Ironic dalam Sistem Peradilan Pidana saat ini, walaupun pelakunya sudah menjalani hukuman namun belum memberikan kepuasan bagi para korban. Terhadap pelaku,

kehadirannya belum dapat diintegrasikan atau direkatkan ke dalam lingkungan sosialnya, sehingga menyebabkan rasa dendam yang berkepanjangan, dan dapat melahirkan perilaku kriminal baru. Hal ini dikarenakan belum tercapainya penyelesaian perkara secara tuntas antara pelaku dengan pihak korban serta lingkungannya, sebab mereka (pelaku dan korban) tidak dilibatkan dalam proses pengambilan keputusan. Padahal sejatinya penyelesaian suatu perkara harus memberikan kontribusi keadilan bagi mereka yang berperkara.³⁷

Dalam menyelesaikan suatu perkara pidana tidaklah adil apabila menyelesaikan suatu persoalan pidana hanya memperhatikan salah satu kepentingan saja, baik pelaku maupun korban. Maka diperlukan suatu teori tujuan pemidanaan yang mewakili semua aspek dalam menyelesaikan suatu perkara baik korban, pelaku dan masyarakat oleh karenanya diperlukan adanya kombinasi antara satu teori dan teori lainnya. Hal senada juga diungkapkan oleh Muladi yang menyatakan bahwa masalah pemidanaan menjadi sangat kompleks sebagai akibat usaha untuk memperhatikan faktor-faktor yang menyangkut hak asasi manusia, serta menjadikan pidana bersifat operasional dan fungsional. Untuk itu diperlukan pendekatan multidimensional yang bersifat mendasar terhadap dampak pemidanaan, baik yang menyangkut dampak yang bersifat individual maupun keharusan untuk memilih teori integratif tentang tujuan pemidanaan yang dapat mempengaruhi

³⁷ Mansyur Kartayasa, *Restorative Justice dan Prospeknya Dalam Kebijakan Legislasi*, Makalah disampaikan pada Seminar Nasional *Peran Hakim Dalam Meningkatkan Profesionalisme Menuju Peradilan yang Agung*, Diselenggarakan IKAHI dalam rangka Ulang Tahun IKAHI ke-59, 25 April 2012, h. 1-2

funksinya dalam rangka mengatasi kerusakan-kerusakan yang diakibatkan oleh suatu tindak pidana

Dalam bab sebelumnya bagaimana hukum pidana Islam memberikan pedoman dalam proses penyelesaian tindak pidana KDRT sedang dalam tindak pidana lalu lintas sendiri sistem kekeluargaan dan musyawarah tetap dilangsungkan dengan rasa keadilan. Dengan berbuat kebajikan serta menghindari rasa intoleransi dalam proses penyidikannya, maka mediasi dapat terwujud dengan bijak.

Allah SWT sendiri telah memberikan pedoman dalam Al-Qur'an An-Nahl ayat (90) bahwa:

“Sesungguhnya Allah menyuruh (kamu) berlaku adil dan berbuat kebajikan, memberi kepada kaum kerabat, dan Allah melarang dari perbuatan keji, kemungkaran dan permusuhan. Dia memberi pengajaran kepadamu agar kamu dapat mengambil pelajaran.”

Serta dalam surat Al-Hujarat ayat (9-10) :

“Dan jika ada dua golongan dari orang-orang mu'min berperang maka damaikanlah antara keduanya. Jika salah satu dari kedua golongan itu berbuat aniaya terhadap golongan yang lain maka perangilah golongan yang berbuat aniaya itu sehingga golongan itu kembali kepada perintah Allah; jika golongan itu telah kembali (kepada perintah Allah),

maka damaikanlah antara keduanya dengan adil dan berlaku adillah. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang berlaku adil.”

“Sesungguhnya orang-orang mu'min adalah bersaudara karena itu damaikanlah antara kedua saudaramu dan bertakwalah kepada Allah supaya kamu mendapat rahmat.”

Keutamaan ayat diatas memberikan gambaran bahwa Allah SWT memberikan anjuran kepada umat manusia agar dapat menyelesaikan sengketa melali musyawarah mendamaikan dua golongan yang bersengketa dan menyuruh mukin mendamaikan dan memerangi kedzaliman sehingga dengan demikian dapat kembali berdamai yang mereka langgar. Perdamaian, sebagaimana wajib kita lakukan antara dua golongan yang bermusuhan. dan pada akhirnya Allah SWT menyuruh kita untuk bertaqwa kepada nya dan mengakui hukum-Nya. adapun bentuk dua pada ayat ini dalam kata *akhaikum* disini memberikan arti bahwa jangankan antara banyak orang, dua pun jika mereka berselisih harus di *Tahkim*-kan.

Sehingga harmonislah hubungan meraka. Oleh Karena semua dipandang bersaudara, maka *“damaikanlah di antara saudara-saudaramu yang seagama itu sehingga, sebagaimana kamu mendamaikan saudaramu yang seketurunan.*

Quraish Shihab³⁸ menutup tafsirnya terhadap ayat ini dengan penekanan bahwa Islam jelas-jelas menuntut terbentuknya kesatuan-kesatuan, bukan sebaliknya. Problem jika ada yang mengianati, maka perangilah, namun dengan tujuan agar mereka kembali, bukan membasmi apalagi melakukan pelanggaran-pelanggaran berat yang sering terjadi dalam peperangan, genosida dan sebagainya. Islam memiliki ketentuan-ketentuan hukum dalam hal ini.

³⁸ M. Quraish Shihab, *Tafsir al-Mishbah*, Volume 13, Lentera Hati: Jakarta, 2007, cetakan ke VIII, hlm.248

Sedangkan dalam ayat ke 10 adalah implikasi dari persaudaraan ini adalah hendaknya rasa cinta perdamaian, kerjasama dan persatuan menjadi landasan utamamasyarakat muslim hendaknya perselisihan atau perang merupakan anomali yang mesti dikemahi pada landasan tersebut begitu suatu kasus terjadi, dibolehkan memerangi kaum mukmin lain yang bertindak zalim kepada saudaranya agar mereka kembali kepada barisan muslim. Juga agar mereka melenyapkan anomali itu berdasarkan prinsip dan kaidah Islam. Itulah penanganan yang tegas dan tepat.

Lebih lanjut Allah berfirman dalam Q.S. Al-Baqarah. Ayat (178) berangkat dari kisah Bani Quraizz dan Bani Nadir. Di masa Jahiliah Bani Nadir berperang melawan Bani Quraizz dan dapat mengalahkan mereka. Tersebutlah bahwa apabila seorang dari Bani Nadir membunuh seorang dari Bani Quraizz, maka si pembunuh tidak dikenakan hukum balasan, melainkan hanya membayar tebusan berupa seratus wasaq kurma. Tetapi apabila seorang Quraizz membunuh seorang Nadir, maka tebusannya dua kali lipat, yaitu dua ratus wasaq kurma; jika tidak, ia akan dikenakan hukuman qisas (dibunuh lagi).

“Hai orang-orang yang beriman, diwajibkan atas kamu qishash berkenaan dengan orang-orang yang dibunuh; orang merdeka dengan orang merdeka, hamba dengan hamba dan wanita dengan wanita. Maka barangsiapa yang mendapat suatu pemaafan dari saudaranya, hendaklah (yang memaafkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi maaf) membayar (diat) kepada yang memberi maaf dengan cara yang baik (pula). Yang demikian itu adalah suatu keringanan dari Rabb kamu dan suatu rahmat. Barangsiapa yang melampui batas sesudah itu maka baginya siksa yang sangat pedih”

Ayat ini meriwayatkan bagaimana jarimah Qisash dengan membunuh jiwa seseorang yang dibalas dengan jiwa, kemudian Allah dalam surah Al-maidah : 45 jiwa dibalas dengan jiwa dan mata dengan mata. Kemudian dalam kutipan ayat selanjutnya “ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ : وَإِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ :

Maka barang siapa yang mendapat suatu pemaafan dari saudaranya, hendaklah (yang memaafkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang dimaafkan) membayar (diat) kepada yang memberi maaf dengan cara yang baik (pula)

Ayat diatas memiliki konsekuensi bahwasannya pemberian maaf dalam suatu tindak pidana pembunuhan secara sengaja ialah menerima pembayaran diyat, hal ini sama halnya diriwayatkan pula dari Albdul Aliyah, abuyu sya;sa, mujahit sa'id ibnu jubai, Ata, Al-hasan Qatadah dan Muqatil Ibnu Hayyan. Ad-Dahhak meriwayatkan dari Ibnu Abbas sehubungan dengan makna firman-Nya: “*Maka barang siapa yang mendapat suatu pemaafan dari saudaranya.*”(Al-Baqarah: 178) Bahwa barang siapa yang diberi suatu pemaafan dari saudaranya, yakni saudaranya memilih mengambil *diyat* sesudah berhak menuntut darah, yang demikian itulah yang dimaksud dengan pemaafan. Selanjutnya disebutkan: “*hendaklah (yang memaafkan) mengikuti dengan cara yang baik.*” (Al-Baqarah: 178) Dengan kata lain, pihak si penuntut hendaklah mengikuti cara yang baik bila ia menerima diat, yakni jangan mempersulit dan mengada-ada. “*Dan hendaklah (yang diberi maaf) membayar (diat) kepada yang memberi maaf dengan cara yang baik (pula)*”. (Al-Baqarah: 178) Yakni hendaklah si

pembunuh membayar diyat-nya tanpa membahayakan dirinya, juga tidak boleh menolak.³⁹

Telah diriwayatkan oleh Imam Hakim melalui hadis Sufyan, dari Amr, dari Mujahid, dari Ibnu Abbas, bahwa makna yang dimaksud ialah hendaklah orang yang diberi maaf menunaikan apa yang diminta pihak si terbunuh dengan cara yang baik. Hal yang sama dikatakan pula oleh Sa'id Ibnu Jubair, Abusy Sya'sa, Jabir ibnu Zaid, Al-Hasan, Qatadah, Ata Al-Khurra-sani, Ar-Rabi' ibnu Anas, As-Saddi, dan Muqatil ibnu Hayyan. Imam Malik mengatakan di dalam riwayat Ibnul Qasim darinya, yang merupakan pendapat yang terkenal di kalangan mazhabnya. Begitu pula Imam Abu Hanifah dan murid-muridnya, juga Imam Syafi'i dan Imam Ahmad dalam salah satu pendapatnya, bahwa pihak wali darah tidak mempunyai hak memberi maaf dengan imbalan diyat, kecuali dengan kerelaan dari pihak si pembunuh.

Sedangkan ulama lainnya berpendapat, pihak wali darah boleh memaafkan dengan imbalan diat, sekalipun pihak si pembunuh tidak rela.

Pemaafan itu ialah menerima diat dalam kasus jarimah pembunuhan sengaja. Yang demikian merupakan keringanan ketimbang apa yang diwajibkan atas kaum Bani Israil dan Umat-umat sebelum kalian, Hendaklah (yang memaafkan) mengikuti dengan cara yang baik, dan hendaklah (yang diberi maaf) mebayar (*diyat*) kepada yang memberi maaf dengan cara baik (pula). Sebagai langkah penutup dengan Takwil firman-

³⁹ Q.S. Al-Baqarah 2: 178-179 dalam Tafsir Al-Qur'an Ibnu Kastir.

Nya : *Yang demikian itu adalah suatu keringanan dari Tuhan kalian.* (Al-Baqarah: 178) Semoga Allah merahmati umat ini, Allah telah memperkenankan bagi mereka makan hasil diat yang belum pernah dihalalkan kepada seorang pun sebelumnya. Tersebutlah bahwa hukum yang berlaku di kalangan ahli Taurat hanyalah *qisash* dan pemaafan tanpa diat. Sedangkan dalam syariat ahli Injil, hanya maaf belaka yang dianjurkan kepada mereka. Maka Allah menjadikan bagi umat ini hukum *qisash* dan pemaafan serta diat. Hal yang sama diriwayatkan pula dari Sa'id ibnu Jubair, Muqatil ibnu Hayyan, dan Ar-Rabi' ibnu Anas.

Dari hasil pendekatan secara filosofis, hukum pidana Islam jelas berkontribusi dalam proses penyelesaian tindak pidana melalui konsep *Tahkim* yang di kembangkan oleh hukum pidana kita dengan mediasi pidana, bahwasannya hal ini berakar pada *dar'ul mafasid muqoddam 'ala jalbi al-mashalih* yang memberikan dasar atau pijakan secara yuridis formil kedepan.

Dengan semakin berkembangnya sistem di Indonesia dengan metode pembaharuan hukum pidana kiranya hukum pidana Islam masuk dengan menjawab besarnya tantangan zaman, atau dalam hadist "*al-muhafadhotu 'ala qodimis sholih wal akhdzu bil jadidil ashlah*" bahwa Islam selalu memelihara tradisi lama yang baik dan mengambil tradisi baru yang lebih baik, serta menghadapi dan menjawab perubahan dan dinamika hukum, maka tidak menutup kemungkinan hukum Islam dapat melakukan penafsiran kembali (reintepretasi) maupun aplikasinya.

A.1.1 Falsafah Pancasila sebagai Sumber Nilai dalam Mediasi pidana

Disamping dalam alasan filosofis yang berlandaskan hukum pidana Islam, mediasi pidana sebagai reevaluasi pendekatan nilai sosio filosofis, sosiokultural, serta sosiopolitik, memiliki landasan lain selain nilai yang diambil dari kemasalahatan dalam hukum pidana Islam. Sejatinya Budaya bangsa yang dikenal dengan permusyawaratan dan perwakilan tersebut lekat dengan ide Mediasi pidana. Dengan melihat nilai musyawarah baik korban serta pelaku, ini sebuah cerminan dari nilai yang terkandung dalam Pancasila masuk didalamnya.

Pancasila sebagai *Staats fundamentalnorm*, dengan membawa prinsip kekeluargaan, sangat memengaruhi cara berfikir baik masyarakat yang tinggal baik di suku, budaya dan Agama itu sendiri. Gambaran prinsip kekeluargaan dalam Pancasila akan menyadarkan kita bahwa masyarakat sangat menjaga realitas keadilan serta nilai religious sebagai wadah penggambaran Pancasila dalam nilai kerohanian⁴⁰, estetis yang mengakui nilai material dan vital sebagai simbol keharmonisan antar sesama. nilai tersebut sangat menjiwai sila-sila kemanusiaan, persatuan, kerakyatan dan keadilan.

Sila Ketuhanan Yang Maha Esa membuat cara pandang hukum harus berdasarkan kepercayaan, terkecuali kepentingan manusia akan hukum

⁴⁰ Kerohanian dalam hal ini bermaksud, segala sesuatu yang berguba bagi wujud nilai roni manusia. Dengan membedakan 4 (empat) macam yaitu Nilai Kebenaran, Nilai Keindahan, Nilai Kebaikan, dan Nilai Religious. Dalam Noor Bakry, *Pancasila Yuridis Negara*, Yogyakarta, Liberty, 1985, hlm 134

masih ada kepentingan lain. Hal ini tidak menempatkan hukum tidak sekedar untuk mengatur manusia belaka, tapi lebih luas menyangkut seluruh alam semesta. Karena menciptakan hukum formal maupun melalui hukum yang ada didalam masyarakat, tidak boleh bertentangan dengan kaidah Tuhan Yang Maha Esa yang menjadi dasar keadilan. Sila ini bersifat hierarkis, melainkan sangat egaliter, sehingga sangat memicu nilai-nilai toleransi.

Sila kedua terkandung nilai kemanusiaan, yaitu pengakuan adanya hak dan martabat manusia serta hak asasi manusia. Cipta rasa dan karsa mewakili nilai kemanusiaan yang menjwai persatuan antar masyarakat, kerakyatan dan keadilan. Kemudian dalam keadilan yang beradab ini menempatkan manusia sesuai harkat dan martabat sebagai makhluk Tuhan. Sikap menghargai antara manusia merupakan wujud dari kemanusiaan yang adil dan beradab.

Kemudian dalam Sila Ketiga, persatuan Indonesia, mengandung nilai kebhinekaan suku bangsa dan kebudayaan (Berbeda Tetap Satu Jiwa) yang memberikan arah dalam membina kesatuan bangsa. Nilai ini dijiwai dengan diliputi dan dijiwai sila ketuhanan dan kemanusiaan, serta menjwai kerakyatan yang berkeadilan.⁴¹ Persatuan Indonesia didalamnya mengandung cita-cita persahabatan dan persaudaraan segala bangsa, diliputi oleh suasana kebenaran, keadilan dan kebaikan.

Dalam sila Keempat kerakyatan yang dipimpin Oleh Hikmat kebijaksanaan dalam permusyawaratan dan perwakilan ini melihat manusia yang berkembang diri dan kebudayaan bila hidup dalam masyarakat serta

⁴¹ *Ibid.* hlm 136

mengakui eksistensi masyarakat lainnya yang hidup disekelilingnya. Dengan ini sikap tengang rasa ini menggambarkan manusia tidak bisa berbuat semaunya sendiri harus menjaga koridor hukum dan nilai yang ada ddalm masyarakat.⁴²

Musyawarah dalam penyelesaian tindak pidana, salah satunya dapat dilakukan dalam bentuk mediasi pidana. Ini penjabaran musyawarah yang mufakat dalam penyelesaian tindak pidana. Hal ini merupakan pokok pikiran kerakyatan dalam demikrasi Pancasila yaitu : manusia di Indonesia memiliki kedudukan yang sama, baik dalam penggunaan haknya yang selalu memperhatikan dan mengutamakan kepentingan masyarakat dan negara. Serta hak dasar dan kewajibannya yang sama sehingga menghindari konflik dan pemaksaan kehendak pada diri orang lain. Jika memang terjadi musayawarah menjadi salah satu sarana yang mencapai mufakat dengan sauna batin yang tenang serta semangat kekeluargaan.

Serta Sila Kelima yang mengandung nilai keadilan sosial. Nilai keseimbangan antara hak dan kewajiban hak orang lain. Sikap adil dalam kehidupan berbangsa dan bernegara yang termasuk didalamnya rakyat yang diatur dalam nilai, baik sosial, ekonomi, politik dan sosial berlandaskan asas keadilan. Keadilan dalam konteks aturan, kebijakan, tindakan dan perlakuan akan memperoleh hasil yang terbaik jika ditempatkan sebagai dasar utama, shingga keadilan akan terasa menyeluruh.

⁴² Sunoto, *“Filsafat Pancasila, Pedekatan melalui Metafisika, Logika, dan Etika*, Ed. III, Yogyakarta, Adipura,2000, hlm 113.

Falsafah Pancasila sebagai diuraikan diatas, dapat menjadi sumber nilai bagaimana konsep mediais pidana di berlakukan sebagai salah satu upaya menuju nilai kemaslahatan yang arif dengan mementingkan kedua belah pihak. Kebutuhan hak dan kewajiban yang berimbang menjadi jalan penyelesaian secara *win-win solutions*. Khususnya dalam sitem peradilan pidana sendiri, semangat kekeluargaan dan musyawarah menjadi upaya penyelesaian tindak pidana yang ada didalam masyarakat. sisi kekeluargaan yang kental yang dianut oleh bangsa ini, membuat seseorang yang melakukan tindak pidana dengan korbannya tidak mengahadapi secara sendiri, namun ada keterlibatan masyarakat lainnya serta keluarga. Mediasi pidana layak mendapatkan tempat yang baik dalam upaya penyelesaian tindak pidana dengan pendekatan kekeluargaan yang bemusyawarah.

2. Alasan Yuridis⁴³ Mediasi Pidana Islam sebagai Kontribusi terhadap Konsep Mediasi Pidana Nasional.

Secara garis besar dalam administrasi peradilan di setiap masyarakat modern merupakan salah satu peran dari kekuasaan negara. Sedangkan hukum Islam itu sendiri merupakan manifestasi dari tujuan yang paling penting yaitu terciptanya keadilan. Proses peradilan itu sendiri dalam setiap masyarakat modern merupakan bagian dari kekuasaan suatu negara. Dimana negara memberikan kekuasaan terhadap setiap lembaga negara dan menjalin kekuasaan dengan negara lain. Setidaknya ada beberapa model dalam penyelesaian perkara pidana yaitu *accusatorial*, *inquisitorial* dan *siyasa al syariah*.

Melihat dari model asas inquisitoir, tersangka di padang sebagai objek pemeriksaan dalam pemeriksaan pendahuluan, sedangkan dalam prinsip yang menjadi panduan dalam syariat Islam (*siyasa al-syaria*) atau kebijakan syariat memandang bahawa dalam hal proses penyelesaian perkara tindak pidana meski sanksi tidak pidana sudah ditentukan, namun ia tidak menentukan secara khusus sarana-sarana yang dapat dipergunakan untuk menahan pelaku dan membawanya untuk diadili. Hal ini memberikan peluang Untuk mediasi pidana di usung sebagai mekanisme dalam penyelesaian perkara tindak pidana yang bernilai keadilan. Dengan nilai-nilai yang sama dengan kemaslahatan dalam hukum Islam.

⁴³ Alasan yuridis mediasi pidana dijadikan sebagai penyelesaian tindak pidana dalam hukum Islam ini, penulis mendeskripsikan dengan pandangan hukum Islam, yaitu al-Quran dan al-Hadist.

Banyaknya kekurangan penyelesaian perkara pidana melalui pendekatan represif sebagaimana dilaksanakan dalam Sistem Peradilan Pidana, hingga melahirkan keadilan Retributif, yang berorientasi pada pembalasan berupa pemidanaan dan pemenjaraan Pelaku Ironic dalam Sistem Peradilan Pidana saat ini, walaupun pelakunya sudah menjalani hukuman namun belum memberikan kepuasan bagi para korban. Terhadap pelaku, kehadirannya belum dapat diintegrasikan atau direkatkan ke dalam lingkungan sosialnya, sehingga menyebabkan rasa dendam yang berkepanjangan, dan dapat melahirkan perilaku kriminal baru. Hal ini dikarenakan belum tercapainya penyelesaian perkara secara tuntas antara pelaku dengan pihak korban serta lingkungannya, sebab mereka (pelaku dan korban) tidak dilibatkan dalam proses pengambilan keputusan. Padahal sejatinya penyelesaian suatu perkara harus memberikan kontribusi keadilan bagi mereka yang berperkara.⁴⁴

Dalam menyelesaikan suatu perkara pidana tidaklah adil apabila menyelesaikan suatu persoalan pidana hanya memperhatikan salah satu kepentingan saja, baik pelaku maupun korban. Maka diperlukan suatu teori tujuan pemidanaan yang mewakili semua aspek dalam menyelesaikan suatu perkara baik korban, pelaku dan masyarakat oleh karenanya diperlukan adanya elaborasi antara satu teori dan teori lainnya.

Hal senada juga diungkapkan oleh Muladi, bahwa masalah pemidanaan menjadi sangat kompleks sebagai akibat usaha untuk

⁴⁴ Mansyur Kartayasa, *Restorative Justice dan Prospeknya Dalam Kebijakan Legislasi*, Makalah disampaikan pada Seminar Nasional *Peran Hakim Dalam Meningkatkan Profesionalisme Menuju Peradilan yang Agung*, Diselenggarakan IKAHI dalam rangka Ulang Tahun IKAHI ke-59, 25 April 2012, hlm 1-2

memperhatikan faktor-faktor yang menyangkut hak asasi manusia, serta menjadikan pidana bersifat operasional dan fungsional. Untuk itu diperlukan pendekatan multidimensional yang bersifat mendasar terhadap dampak pemidanaan, baik yang menyangkut dampak yang bersifat individual maupun keharusan untuk memilih teori integratif tentang tujuan pemidanaan yang dapat mempengaruhi fungsinya dalam rangka mengatasi kerusakan-kerusakan yang diakibatkan oleh suatu tindak pidana.⁴⁵

Secara historis, penyelesaian sengketa melalui cara mediasi (*Tahkim*) telah lama dikenal dalam praktek hukum Islam. Hukum Islam yang dimaksudkan di sini adalah hukum yang sumbernya dari wahyu Allah. Penegesan ini dimaksudkan untuk membedakan hukum positif dimana sumbernya bukan dari wahyu Allah SWT tetapi dari hasil pemikiran manusia. Karena itu hukum Islam tidak terbatas pada hukum yang diberlakukan di Negara-negara yang berada di kawasan Timur-Tengah tetapi juga yang berlaku di Negara yang ada diluar kawasan tersebut seperti di Indonesia dan lainnya asal satu bersumber dari wahyu Allah walaupun tidak menggunakan nama "Hukum Islam".⁴⁶

Dalam penjelasan bab sebelumnya bahwa penyelesaian peristiwa hukum dalam hukum Islam menggunakan istilah *Tahkim* yang memang secara garis besar digunakan dalam proses penyelesaian perseteruan antar kaum yang berseteru kemudian menggunakan *Tahkim* sebagai jalan menuju perdamaian.

⁴⁵ Muladi dalam Eva Achjani Zulfa, *KeadilanRestoratif di Indonesia (Studi tentang Kemungkinan Penerapan Pendekatan Keadilan Restoratif dalm Praktek Penegakan Hukum Pidana)*, Disertasi Fakultas Hukum Program Doktor Ilmu Hukum, 2009, h. 1 (selanjutna disebut Eva Achjani Zulfa 2)

⁴⁶ <http://www.badilag.net/data/artikel/potretmediasidalamIslam..pdf>

Tidak jauh berbeda dengan itu Interpretasi lain terkait mediasi dalam literatur hukum Islam bisa disamakan dengan konsep *tahkim* yang secara etimologis berarti menjadikan seseorang atau pihak ketiga atau yang disebut *hakam* sebagai penengah suatu sengketa. Bentuk-bentuk ini sudah dikenal oleh orang arab pada masa jahiliyyah. *Hakamlah* yang harus didengar pendapatnya. Apabila terjadi suatu sengketa, maka para pihak pergi kepada *hakam*. Kebanyakan sengketa yang terjadi dikalangan Arab adalah tentang: siapa yang paling pandai memuji golongannya dan menjelekkkan golongan lain.

Tahkim sebagaimana dimaksud telah dipraktekkan sejak masa awal Islam ketika Nabi Muhammad SAW masih hidup, ketika itu Nabi Muhammad SAW juga telah menerima putusan Sa'ad Ibnu Mu'adz mengenai bani Quraidhah. Kemudian *tahkim* pada zaman Rasulllah SAW terjadi perselisihan antara masyarakat Arab untuk meletakkan *Hajar Aswad* ke tempat semula pada saat pelaksanaan renovasi ka'bah. Mereka semua merasa dirinya berhak dan merupakan kerormatan bagi mereka untuk mengangkat Hajar Aswad tersebut.⁴⁷

Adapun dalam kasus pidana secara jelas dapat diserahkan kepada lembaga pemaafan baik menggunakan *Tahkim* ataupun *tahkim*. Dalam jarimah pembunuhan misalnya secara tegas dalam Al-Qur'an langsung memberikan kepada korban untuk memberikan jenis hukuman apa yang diberikan kepada pelaku tindak pidana, namun ada hadist Nabi SAW yang menjajikan bahwa

⁴⁷ Muhammad saifullah, M.ag, *Mediasi Dalam Tinjauan Hukum Islam dan Hukum Positif di Indonesia, Cet 1*, (Semarang, wali songo Press, 2009), hlm 14-15

kasus-kasus pidana yang lain pun dapat diselesaikan melalui mekanisme lembaga pemaaf ini.⁴⁸ Nantinya dalam suatu lembaga pemaafan akan melihat jarimah apa yang dilakukan oleh si pelaku, tentunya dengan melihat jarimah 3 (tiga) macam baik jarimah *hudud*, Jarimah *Qisash*, dan *Ta'zir*.

Dalam tindak pidana kekerasan dalam rumah tangga (KDRT) peran mediasi ini sebagai legitimasi mediasi pidana (*Tahkim*) muncul terdapat dalam firman Allah SWT QS. An-Nisa' (4) ayat; 128, yang artinya:

“Dan jika seorang wanita khawatir akan nushush atau sikap tidak acuh dari suaminya, Maka tidak Mengapa bagi keduanya mengadakan perdamaian yang sebenar-benarnya, dan perdamaian itu lebih baik (bagi mereka) walaupun manusia itu menurut tabiatnya kikir. dan jika kamu bergaul dengan istrimu secara baik dan memelihara dirimu (dari nushush dan sikap tak acuh), Maka Sesungguhnya Allah adalah Maha mengetahui apa yang kamu kerjakan.

Dalam hal ini arti *Nushush* dari pihak suami ialah bersikap keras terhadap istrinya; tidak mau menggaulinya dan tidak mau memberikan haknya. Seperti istri bersedia beberapa haknya dikurangi asal suaminya mau baik kembali. Maksudnya: *tabi'at* manusia itu tidak mau melepaskan kebahagiaan haknya kepada orang lain dengan seikhlas hatinya, kendatipun demikian jika istri melepaskan sebahagian hak-haknya, maka boleh suami menerimanya. Dari pernyataan diatas hubungan seksual antara suami dengan istri menurut *fiqih* lebih di tempatkan sebagai kewajiban dari pada hak.

⁴⁸ Umar At-Tamimi, Jurnal Hukum “Pemaafan Sebagai Alternatif Oenyelesaian Perkara Pidana dalam Perspektif hukum Islam, Jurnal Diskursus Islam Volume 1 Nomor 3 Desember 2013. Hlm 456

Dengan demikian, ada kecenderungan yang lebih banyak menikmati adalah pihak suami, persoalannya rasa bagi istri menjadi tidak ada bedanya.

Dalam perspektif ini kemudian terjalin keseimbangan sebuah hubungan relasi seksual, dimana seorang istri tidak mempunyai ruang gerak untuk melakukan pembelaan dirinya (haknya), dan hal ini jelas bertentangan dengan prinsip *mu'asyarah bi al-ma'ruf*⁴⁹ dalam perkawinan.

Dalam firman Allah swt. dalam QS. Ar- Rum ayat 21, disebutkan bahwa:

“Dan di antara tanda-tanda kebesaran Tuhan adalah bahwa Dia menciptakan pasangan hidupmu dari bahan (entitas) yang sama, supaya kamu menjadi tenang bersamanya. Dan Dia menjadikan kamu berdua saling menjalin cinta (mawaddah) dan kasih sayang (rahmah). Dan hal ini adalah pelajaran yang berharga bagi orang-orang yang mauberpikir.”

Dari ayat di atas Muqatib bin Sulaiman mengatakan bahwa *mawaddah* berarti *mahabbah* (cinta), *nasihah* (nasihat) dan *al-shilah* (hubungan yang kuat); yaitu hubungan yang didalamnya tidak terdapat ucapan atau tindakan yang menyakitkan. Perkawinan diharapkan dapat mewujudkan hubungan saling mencintai, saling menasehati, dan saling menghargai satu sama lain.

Apabila konsep *mu'asyarah bi al-ma'ruf* dikaitkan dengan fenomena kekerasan dalam rumah tangga dalam perkawinan, hubungan yang dipaksakan terhadap istrinya jelas bertentangan dengan konsep tersebut. Karena didalamnya terdapat unsur-unsur pemaksaan, kekerasan dan pelanggaran

⁴⁹ *Mua'syarah bil ma'ruf* dapat dipahami sebagai upaya untuk saling memperlakukan dengan baik pasangan atau suami dan istri dalam kehidupan perkawinan sesuai hak-hak dasar manusia. Hal ini tentunya untuk mencapai tujuan pernikahan yang *sakinah*, *mawaddah*, dan *rahmah*.

terhadap hak istri, khususnya hak untuk diperlakukan dengan secara baik, seperti yang sangat ditekankan dalam al-Quran.⁵⁰

Pada dasarnya hubungan seksual suami istri memiliki dimensi ibadah, tetapi ibadah harus dilakukan secara ikhlas tanpa keterpaksaan apalagi kekerasan. Karena hubungan seksual bukan hanya hubungan fisik, maka nilai ibadah harus ditentukan oleh keikhlasan yang bersifat psikologis. Istri tidak hanya diposisikan sebagai objek seksual suami tetapi juga sebagai subjek yang memiliki posisi tawar. Oleh itu karena kekerasan dalam rumah tangga sangat dilarang dalam Islam, menurut pendapat M. Quraish Sihab mengemukakan bahwa KDRT hukumnya haram dalam Islam. Walaupun dilakukan terhadap istri sendiri. Dalam Agama Islam memang istri berkewajiban turut pada perintah suami. tapi kalau perintah suami itu tidak melanggar norma Agama, terlarang hukumnya atas Agama bagi istri untuk menuruti perintah suami. istri mempunyai hak melakukan pengaduan kepada Hakim atas perilaku suaminya.

51

Interpretasi terkait mediasi dalam literatur hukum Islam bisa disamakan dengan *tahkim* yang secara etimologis berarti menjadikan seseorang atau pihak ketiga atau yang disebut *hakam* sebagai penengah suatu sengketa. Bentuk-bentuk ini sudah dikenal oleh orang arab pada masa jahiliyyah. *Hakamlah* yang harus didengar pendapatnya. Apabila terjadi suatu

⁵⁰ Yanuar Ilyas, *Feminisme Dalam Kajian Tafsir Al-Quran Klasik dan Kontemporer*. Yogyakarta, Pustak Pelajar, 1997, hlm 127

⁵¹ Aroma Elmina Martha, *Perempuan, Kekerasan dan Hukum*, (UII Press: Yogyakarta 2003), hlm 44

sengketa, maka para pihak pergi kepada *hakam*. Kebanyakan sengketa yang terjadi dikalangan Arab adalah tentang: siapa yang paling pandai memuji golongannya dan menjelekkan golongan lain.

Tahkim sebagaimana dimaksud telah dipraktekkan sejak masa awal Islam ketika Nabi Muhammad SAW masih hidup, ketika itu Nabi Muhammad SAW juga telah menerima putusan Sa'ad Ibnu Mu'adz mengenai bani Quraidhah. Kemudian *tahkim* pada zaman Rasulullah SAW terjadi perselisihan antara masyarakat Arab untuk meletakkan *Hajar Aswad* ke tempat semula pada saat pelaksanaan renovasi ka'bah. Mereka semua merasa dirinya berhak dan merupakan kerormatan bagi mereka untuk mengangkat Hajar Aswad tersebut.⁵²

Proses penyelesaian dengan mediasi melalui pihak ketiga yang dikenal dengan *hakam* tersebut terkandung dalam al-Qur'an surat An-Nisa' ayat 35 yang artinya ;

“Dan jika kamu khawatirkan ada persengketaan antara keduanya, Maka kirimlah seorang hakam dari keluarga laki-laki dan seorang hakam dari keluarga perempuan. jika kedua orang hakam itu bermaksud mengadakan perbaikan, niscaya Allah memberi taufik kepada suami-istri itu. Sesungguhnya Allah Maha mengetahui lagi Maha Mengenal.”

Dari ayat ini dapat dipahami bahwa *hakam* adalah seorang utusan atau delegasi dari pihak suami istri yang akan dialibatkan dalam penyelesaian sengketa antara keduanya. Tetapi dalam kondisi tertentu Majelis Hakim dapat mengangkat *hakam* yang bukan dari pihak keluarga para pihak, diantaranya

⁵² Muhammad Saifullah, *Mediasi DalamOp.cit*

yang berasal dari Hakim mediator yang sudah ditetapkan oleh Ketua Pengadilan Agama dilihat dari konteks kekinian.

Dalam sebuah kaidah *ulumul qur'an* yang masyhur suatu pengertian diambil karena keumuman lafal bukan karena kekhususan sebab. Jika kaidah ini diterapkan pada ayat tersebut diatas maka kita akan sampai pada kesimpulan bahwa *hakam* tidak hanya dapat difungsikan pada proses perkara perceraian saja seperti yang ditunjukkan secara eksplisit pada ayat al-Qur'an melainkan dapat bersifat secara luas pada semua bentuk sengketa. Metode pengambilan hukum ini didukung dengan memperhatikan metode lain berupa *isyaroh al-nash* (penunjukan lafal atas suatu ketentuan hukum yang tidak disebutkan langsung oleh lafal *nash* tetapi merupakan kelaziman bagi arti diucapkan diungkapkan untuk itu.) yang terdapat pada surah An-Nisa ayat 114 dimana Allah SWT lebih menghendaki penyelesaian sengketa diselesaikan damai oleh mereka sendiri.

Penjelasan lebih lanjut terkait dasar pemikiran mediasi pidana dalam Islam juga di jelaskan Dalam al-Quran Surat An-Nisa (4) ayat 114 juga di sebutkan bahwa :

Tidak ada kebaikan pada kebanyakan bisikan-bisikan mereka, kecuali bisikan-bisikan dari orang yang menyuruh (manusia) memberi sedekah, atau berbuat ma'ruf, atau mengadakan perdamaian di antara manusia. Dan barangsiapa yang berbuat demikian karena mencari keredhaan Allah, maka kelak Kami memberi kepadanya pahala yang besar.

Pandangan ayat tersebut menyebutkan bahwa mengadakan perdamaian bagi manusia merupakan keridhaan Allah SWT, dan jika di

aplikasikan dengan penyelesaian kekerasan dalam rumah tangga, yang hakekat dari sebuah hubungan suami dan istri menurut konsep syariah Islam adalah dapat terwujudnya “*mu’asyara bi al-ma’ruf*”. Demikian juga pertengkaran antara Umar bin Khattab r.a dengan Ubay bin Ka’b tentang kebun kurma, perkaranya ditahkimkan oleh Zaid bin Tsabit, semua sahabat sepakat menerima putusan *hakam* dan membenarkannya.

Praktek lain penyelesaian sengketa melalui mediasi (*tahkim*) ini juga diabadikan dalam al-Qur’an dalam Surah An-Nisa’ ayat 35 dan ayat 128 dan juga surat Al-Hujurat ayat 9 dan ayat 10, dalam kasus perselisihan antara suami-istri dan kasus-kasus lain yang terjadi dikalangan umat Islam. Disamping ayat-ayat yang menunjuk pada kasus mediasi untuk mendamaikan para pihak yang terlibat sengketa, juga terdapat hadist yang berbicara dalam kasus yang sama.⁵³

Jika dilihat dalam konteks kekinian Masyarakat Indonesia merupakan masyarakat yang mengutamakan kekeluargaan. Keutuhan rumah tangga merupakan hal yang penting. Apabila di dalam rumah tangga itu terdapat masalah, selama masih bisa diselesaikan dengan cara kekeluargaan, jalan inilah yang akan dipilih. Rasa malu apabila keburukan rumah tangga diketahui orang serta pengabdian seorang istri terhadap suami masih mendominasi rumah tangga di Indonesia. Kaum feminis sering menuding nilai-nilai ini yang melanggengkan KDRT. Namun inilah kenyataannya. Di

⁵³ *Ibid*, hlm 2

dalam masyarakat telah ada aturan-aturan yang tidak begitu saja dapat diubah hanya dengan munculnya sebuah Undang-undang.

Sebuah dilema yang tidak mudah dicarikan jalan keluarnya. Di satu sisi KDRT tetaplah sebuah kekerasan, sebuah tindakan yang menimbulkan korban, negara telah menentukan bahwa pelakunya dapat dipidana. Di sisi lain apabila pelaku dipidana, keluarga akan menanggung malu, keutuhan rumah tangga terancam, akan ada proses peradilan yang panjang dan berlarut-larut. Apabila pelaku adalah pencari nafkah dalam rumah tangga itu, keluarga akan kehilangan pencari nafkah utama. Di dalam al-Qur'an Q.S. Ali mran (3):159 :

Maka disebabkan rahmat dari Allah-lah kamu berlaku lemah lembut terhadap mereka. Sekiranya kamu bersikap keras lagi berhati kasar, tentulah mereka menjauhkan diri dari sekelilingmu.

Karena itu ma'afkanlah mereka, mohonkanlah ampun bagi mereka, dan bermusyawaratlah dengan mereka dalam urusan itu²⁴⁶. Kemudian apabila kamu telah membulatkan tekad, maka bertawakkallah kepada Allah. Sesungguhnya Allah menyukai orang-orang yang bertawakkal kepada-Nya

Berdasarkan Dahrir Nash Surat diatas, Bahwa Allah menganjurkan kepada manusia agar dapat menyelesaikan sengketa melalui musyawarah. Hal ini sejalan dengan sifat *Tahkim* yang sifat penyelesaian sengketanya bersifat *consensus* (kesepakatan) dengan cara negosiasi. Agar dapat diselesaikan tanpa melalui proses *non litigasi*.

Dalam permasalahan ini penyelesaian kekerasan dalam rumah tangga menggunakan Mediasi pidana atau *Tahkim* merupakan salah satu jalan yang dapat ditempuh. Dengan ini mediasi pidana, maka para pihak akan duduk

bersama untuk memecahkan masalah. Korban akan terlindungi dan terlibat dalam setiap tahapan pengambilan keputusan. Sehingga kerugian dan perlukaan yang dialaminya dapat terobati atau di pulihkan dengan konsekuensi yang harus dipenuhi oleh pelaku. Hal yang diputuskan dalam mediasi adalah benar-benar merupakan kebutuhan ke dua belah pihak.

Sifat mediasi yang rahasia sangat tepat untuk dilaksanakan dalam kasus-kasus KDRT, karena KDRT terjadinya dalam ranah personal yang tidak diketahui masyarakat lain. Kerahasiaan ini menjadi perlu agar keluarga yang mengalami tindak KDRT tidak malu secara psikologis dan sosiologis. Mediasi pidana juga dapat menghindari kritik terhadap proses hukum yang selalu dipandang anggap lama dan tidak efisien. Selama ini masyarakat terutama korban KDRT tidak melaporkan apa yang menimpa mereka karena anggapan bahwa proses hukum yang akan mereka lewati rumit dengan hasil yang belum tentu sesuai dengan harapan.

Pada tindak pidana lainnya mediasi pidana atau *Tahkim* juga bisa diterapkan khususnya dalam Tindak Pidana Lalu lintas Angkutan Jalan. Pasal 310 ayat (1-4) Undang-undang Nomor 22 Tahun 2009 tentang lalu lintas dan angkutan jalan menjadi rujukan dalam pelanggaran yang mengakibatkan konsekuensi hukum yang dinilai merugikan jiwa dalam tindak pidana ini adalah kecelakaan lalu lintas angkutan jalan. Secara yuridis penjatuhan sanksi pidana dalam pelaku tindak pidana kecelakaan lalu lintas adalah sanksi pidana penjara, pidana kurungan serta denda yang termuat dalam putusan Hakim. Lamanya pidana yang dijatuhkan tergantung dari akibat tindak pidana lalu

lintas tersebut. pengaturan tersebut terdapat dalam Pasal 359, 360 dan 361 KUHP. Adapun dalam undang-undang Nomor 22 Tahun 2009 tentang lalu lintas dan angkutan jalan ini, sanksi yang dapat dijatuhkan dalam tindak pidana ini adalah terdiri atas pidana penjara, pidana kurungan maupun denda. Pemberian pidana tersebut tergantung jenis kecelakaan lalu lintas yang disebabkan oleh pelakum baik dalam tingkatan ringan, sedang dan lalu lintas dengan tingkat berat.

Dalam keadilan restoratif perkara tindak pidana lalu lintas yang mengakibatkan timbul kerugian terhadap korban perlu kita sikapi secara menyeluruh baik dalam proses penyidikan oleh pihak sat-lalu lintas serta para pihak yang terkait. Keadilan restoratif yang melibatkan pelaku, korban, keluarga pelaku/korban, dan pihak terkait perlu mencari penyelesaian yang berkeadilan tidak saling menguntungkan sama lain akan tetapi terwujudnya proses *win win solutions* sebagai upaya pemulihan kembali keadaan tanpa adanya upaya pembalasan.

Prakteknya dalam pedekatan keadilan *restorative* tentunya dapat dilakukan dengan hal-hal sesuai kriteria yang ada dalam hal ni aspek yuridis dan sosiologis juga perlu kita perhatikan. Melihat sifat yuridis dengan melihat jenis sifat dan hukumnya (*strafsort*), berat ringannya pidana (*strafmaat*), cara bagaimana pidana dilaksanakan (*strafmodus*), serta dengan melihat kondisi yang timbul oleh tindak pidana tersebut. sama halnya dengan pendekatan secara sosiologis yang harus diperhatikan dalam karakter dari si pelaku tindak pidana, serta kondisi lingkungan serta faktor kejiwaan pelaku sehingga

berdampak timbulnya tindak pidana itu terjadi. Kasus pelanggaran lalu lintas dalam perspektif hukum pidana Islam sendiri perbuatan yang mengakibatkan luka-luka serta meninggalnya seseorang, dikategorikan dengan *jarimah qiashash*.

Namun melihat dari segi pendekatan *Tahkim* yang diterapkan, praktek tersebut memberikan keringanan didalamnya. Abdul Qadir Audah⁵⁴ sendiri mengkategorisasikan tindak pidana jarimah dapat dibedakan menjadi 3 (tiga) bagian yaitu; *Pertama* unsur formal (*al-rukn al-syar'i*), kedua unsur materilnya (*Al-rukn al -madi*), kemudian yang *ketiga* adalah (*al-rukn al-adabi*). Secara *al-rukn al-syar'I* atau unsur formil itu sendiri menyatakan bahwa seseorang dapat dinyatakan sebagai pelaku jarimah jika ada undang-undang yang secara tegas melarang dan menjatuhkan sanksi kepada pelaku tindak pidana. Kemudian dalam *Al-rukn al -madi* menyatakan bahwa seseorang dapat dijatuhkan pidana dan terbukti melakukan jarimah baik aktif maupun pasif, sedangkan *al-rukn al-adabi* itu sendiri melihat unsur morilnya menyatakan bahwa seseorang dapat dipersalahkan jika ia buka orang gila, dibawah umur atau dalam keadaan terancam.

Adapun dalam kasus kecelakaan lalu lintas subjek hukumnya tidak hanya pelaku yang sudah memiliki patut dipertanggung jawabkan (*mukallaf*), seering juga terjadi pelakunya belum cakap dalam mempertanggung jawabkan hukumannya. Bahkan dalam Islam ada istilah *Mumayiz* (serorang anak yang sudah memiliki akal) sudah mendapatkan hukuman. Hal ini dapat

⁵⁴ M. Nurul Irfan, Musyarofah, *Fiqih Jinayah*, Cet I, Jakarta : Hamzah, 2013, hlm 2

terjadi dalam jarimah *ta'zir*. Karena dalam hal terjadinya kecelakaan itu memiliki akal dan sadar, sehingga memiliki konsekuensi hukum yang cukup didalamnya untuk di jatuhi sanksi. Akan tetapi hal ini dapat saja di hindari atau terselesaikan dengan jalan *Tahkim* atau mediasi pidana .

Lebih luas, hukum pidana Islam memiliki pemaafan jarimahnya yaitu (*Al-'afu'anil'uqubah*). mediasi pidana, *Tahkim* maupun *tahkim* berangkat dari konsep kemaslahatan yang berupa *Dar'ul mafasid wa jalbu al mashalih* sebagai tujuan umum dari pemaafan pidana. Jadi, tindak pidana baik sepanjang tidak bertentang dengan Had atau *Hudud*, bisa diselesaikan dengan mediasi pidana. Berangkat dari *Al-'afwu* ini sangat tepat sekali penyelesaian suatu tindak pidana yang dalam hal ini terkait tindak pidana dalam ranah rumah tangga serta tindak pidana lalu lintas, dapat diwujudkan dengan media lain (non pidana). Dengan demikian syarat penerapan *al'afwu* yang pokok adalah harus sejalan dengan perkiraan-perkiraan serta diwujudkannya tujuan-tujuan pidana berpedoman kepada nilai kemaslahatan.

Abdul Qodir Audah sendiri berpendapat yang menyebabkan gugurnya "*uqubah* (hukuman) dalam syariat yaitu, *pertama*, pelaku kejahatan (*jani*) meninggal dunia. Akan tetapi jika hukumannya itu adalah hukuman Maliyah seperti diyat, tentu saja tidak dapat menggugurkan hukumannya, seperti dalam kasus tindak pidana *qatl alkhata'* (pembunuhan tidak disengaja) maka hukuman terhadap hartanya tetap harus dijalankan. *Kedua*, *qishash* dan diyat menjadi gugur apabila kedua belh pihak melakukan Tahkim. Fuqoha sepakat bahwa *qishash* menjadi gugur jika para pihak melakukan Tahkim. Untuk

perkara *qisash*, jika terjadi *Tahkim*, maka kadar pelaksanaan Tahkim boleh melebihi diyat ataupun boleh juga lebih ringan dari ada diyat, karena tidak ada sangkutpautnya dengan harta.

Namun, *Tahkim* dalam perkara diyat tidak boleh dilakukan melebihi dari yang telah diwajibkan diyat, karena kelebihan terhadap dyat dihitung sebagai riba. *Ketiga*, hukuman dapat gugur jika pelaku tidak mendapatkan maaf (*Afwu*) dari korban atau walinya. Adapun dalam perkara *hudud*⁵⁵ tidak boleh ada maaf, karena ia menyangkut hak Allah SWT. Maaf yang memberikan, baik itu diberikan oleh korban ataupun wali *al-amr* adalah tidak sah.⁵⁶

3. Alasan Sosiologis Alasan Filosofis Mediasi Pidana Islam sebagai Kontribusi terhadap Konsep Mediasi Pidana Nasional.

Sebagaimana yang telah dijelaskan dalam bab sebelumnya, Islam memiliki berbagai macam terminologi yang beraneka ragam dalam hal mediasi. Dalam khazanah keilmuan, salah satunya *ash-shulhu* yang dikategorikan sebagai salah satu akad berupa perjanjian diantaranya dua orang yang berselisih atau berperkara untuk menyelesaikan perselisihan diantaranya keduanya.

⁵⁵ Jarimah *hudud* sendiri umumnya diartikan sebagai tindak pidana yang ancaman dan sanksinya sudah ditetapkan oleh Allah SWT. Alasan para fuqohamengklasifikasikan jarimah hudud sebagai hak dari Allah SWT , *pertama* karena perubahan yang disebut secara rinci oleh Al-Qur'an sangat mendatangkan kemaslahatan baik perorangan maupun kolektif. Kedua, jnis pidana dan sanksi secara definitive disebut secara langsung oleh yang ada dalam Al-Qur'an, sementara pidana lain tidak.

⁵⁶ Dalam Arif Hamzah, *Thesis, Konsep Tahkim dalam Perspektif fikih*, UIN, Syarif Hidayatullah, Jakrta, 2008. Hlm 63, akses 17 desember 2017.

Penulis melihat dalam ranah sosiologi kontribusi hukum pidana Islam dalam perkembangan mediasi pidana memiliki tata nilai dan norma yang dalam menjadikan acuan bersama baik penegak hukum ataupun masyarakat, dalam menata hubungan social. Tahkim atau *tahkim* sebagai salah satu unsur nilai kemasalahatan dan bagian hidup dapat memberikan identitas, yaitu wujud masyarakat yang mengutamakan perdamaian dan kebaikan bersama dan menciptakan rasa keadilan yang *restorative* dari segi proses penyelesaian tidak pidana.

Terminologi ilmu fiqih sendiri, *ash-shulhu* memiliki peran untuk menghilangkan polemik antar sesama lawan sebagai sarana mencapai kesepakatan antara orang-orang yang berselisih. Di dalam *ash-shulhu* ada beberapa istilah yaitu: masing-masing pihak yang mengadakan perdamaian dalam syariat Islam diistilahkan *musalih*, sedangkan persoalan yang diperselisihkan *musalih'anhu*. dan perbuatan yang dilakukan oleh salah satu pihak terhadap pihak yang lain untuk mengakhiri pertengkarang atau perselisihan dinamakan dengan *musalih'alaihi* atau bisa disebut juga dengan *badalush shulh*.

Dalam hadist riwayat Ibnu Hibban dan Turmuzi berpendapat terkait hukum *shulhu* diungkapkan, salah satu yang diriwayatkan oleh Ibnu hibban dan Imam tirmizi yang artinya perdamaian dibolehkan dikalangan kaum muslim, kecuali perdamaian menghalalkan yang haram atau mengharamkan yang halal. Dan orang-orang Islam (yang mengadakan perdamaian itu)

bergantung pada syarat-syarat mereka (yang telah disepakati itu), selain syarat yang mengharamkan yang halal atau menghalalkan yang haram.

Pesan penting dalam hadist ini, dapat kita cermati bahwa perdamaian merupakan sesuatu yang diizinkan selama tidak dimanfaatkan untuk hal-hal yang bertentangan dengan dengan ajaran dasar ke-Islaman. Untuk pencapaian dan terwujudnya perdamaian, sama sekali tidak dibenarkan mengubah ketentuan hukum yang sudah jelas dan tegas di dalam Islam. Orang-orang Islam yang terlibat di dalam perdamaian mesti mencermati agar kesepakatan perdamaian tidak berisikan hal-hal yang mengarah kepada memutarbalikan hukum, yang halal menjadi haram dan sebaliknya.

Peluang dari *Tahkim* atau *tahkim* dalam rangka mejadikan mediasi pidana nasional sebagai upaya luar biasa kiranya perlu segera di tindak lanjuti sebagai langkah besar dalam perkembangan hukum pidana pidana baik secara materiil dan formil. Hukum pidana Islam sendiri memberikan kemudahan dalam penyelesaian jarimah, gugurnya *'uqubah* (hukuman) memiliki unsur yang pertama, pelaku kejahatan (jani) meninggal dunia. Akan tetapi jika hukuman seperti Maliyah seperti diyat sudah tentu tidak dapat menggugurkan hukumannya, seperti dalam kasus tindak pidana secara sengaja *'qatl alkhata'* (pembunuhan tidak disengaja) maka hukuman terhadap hartanya tetap harus dijalankan. Kedua, *qishash* dan diyat menjadi gugur apabila kedua belah pihak telah melakukan *Tahkim*.

Untuk perkara *qishash*, jika telah terjadi *Tahkim* maka kadar pelaksanaan *Tahkim* boleh melebihi diyat ataupun boleh juga lebih ringan dari

pada diyat, karena ia tidak ada sangkut pautnya dengan harta. Namun. *Tahkim* dalam perkara diyat tidak boleh dilakukan melebihi dari yang telah diwajibkan diyat, karena kelebihan terhadap diyat dihitung sebagai riba. *Ketiga*, hukuman juga dapat gugur jika pelaku mendapatkan maaf (*'afwu*) dari korban dan walinya.⁵⁷

Upaya hukum pidana Islam memberikan kemudahan dalam menerapkan konsep *Ishlah* dalam tindak pidana kekerasan dalam rumah tangga sebagai perwujudan nilai kemaslahatan bagi korban dan tersangka. Dalam hal ini Islam menyikapi bahwa hubungan keduanya memiliki cara pandang yang *mu'asyarah bi al-ma'ruf*. Dalam kehidupan perkara kekerasan sekecil apapun Nabi Muhammad SAW, telah memberikan anjuran bahwa sikap yang timbul dalam sangat bertolak belakang dengan konsep kemaslahatan yang diemban. Sifat sifat Allah SWT dan Kepenyayangannya dalam sistem hukumnya merupakan Ruh yang utama. Sehingga ini dari sebuah hukum Islam adalah rahmat dan Allah SWT tidak berkenan terhadap ketidakadilan.

Penjelasan dalam bab sebelumnya bahwasannya tindak pidana kekerasan dalam rumah tangga, tidak sesuai dengan nilai kemaslahatan (*Maslahah al-Khamsah*) dan tidak hanya unsur saja akan tetapi nilai-nilai, Agama (*al-din*), jiwa (*an-nafs*), akal (*al-'aql*), keturunan (*an-nasl*) dan harta (*al-mal*) karena seluruh tujuan dalam memelihara kelinya harus seimbang dan tidak berkurang satupun.

^{57 57} Dalam Arif Hamzah, *Thesis, op.cit.*, hlm 63

Berpijak dalam dalam tingkatan *al-Maslahah adh-Dharuriyyat* (kemashlahatan primer), jika salah satunya itu dilanggar maka akan memberikan dampak yang tidak seimbang dalam kelangsungan hidup manusia. Tidak pidana kekerasan dalam rumah tangga tidak hanya berwujud dengan kekerasan akan tetapi wujud penelantaran dalam ruang lingkup keluarga. Dalam Pasal 5 Undang-undnag no 23 Tahun 2004 tentang penghapusan kekerasan dalam rumah tangga, telah mengklasifikasi tindak pidana apa saja yang bisa di kategorikan dalam KDRT. Rusak jiwa, serta merenggut hak-hak yang ada di dalamnya merupakan hal yang sanag serius. Seperti kita pahami tindak pidana KDRT yang sebelumnya merupakan ranah privat kini mnejadi urusan Negara sebagai si pembuat aturan setelah adanya Undang-undang penghapusan kekerasan dalam rumah tangga.

Sifat yang personal serta hak dari suami dan istri agar dapa terwujud sifat *Mu'asyarah bil ma'ruf* itulah penulis memberikan solusi kedepan dengan melakukan proses *Tahkim* atau yang akan disebut dengan mediasi pidana agar hak-hak dari kelurga tidak ada yang terbengkalai. Melalui peluang ini, pembaharuan hukum pidana dengan nilai keseimbangannya serta kemaslahatan, mampu mewujudkan dari *Taklif* Allah SWT dengan bentuk yang hakiki serta memiliki manfaat yang menyeluruh dalam arti memiliki nilai kausalitas, dan mendatangkan kemaslahtan.

Sama halnya dalam tindak pidana kecelakaan Lalu lintas, dalam Pasal 310 ayat (1-4) yang penulis jelaskan diantaranya kecelakaan yang mengakibatkan meninggal serta kerusakan yang menimbulkan suatu kerugian

di dalamnya, masuk dan bertumpu dalam kepentingan dasar *Mashlahah al-Khamsah* melihat jiwa *hifdz an-nafs*, dan *hifdz ai-'aql*. Kepentingan-kepentingan ini merupakan sebuah wadah yang melindungi sebuah norma hukum, sehingga seluruh kemasahatan tersebut menjadi tujuan yang dicapainya oleh hukum pidana.

Merujuk pendapat di atas bahwasannya penulis mencoba memberikan pendekatan dengan prinsip kemaslahatan ini dalam hal sebagai upaya peluang dalam pembaharuan hukum pidana kedepan, karena asas ini sudah semakin duaki eksistensinya oleh para kalangan sarjana hukum (*fuqoha*) dalam kita sebagai para ahli hukum untuk melakukan melakukan *istinbat al-hukumnya* (*rechtvinding*). Kiranya hal ini dipandang layak, menambah perkembangan wacana keilmuan hukum pidana kedepan, khususnya dalam hal upaya penyelesaian tindak pidana yang dijabarkan di atas. Pertimbangannya adalah, tujuan penggunaan asas *maslahah* ini bertumpu pada lima kepentingan dasar (*al-kuliyah al-khamsah*) tersebut.

Hasil dari berbagai pendekatan di atas terhadap pemikiran bagaimana kontribusi serta peluang mediasi pidana sebagai upaya *Penal reform* dalam perspektif hukum pidana Islam bagian dari segi filosofis, yuridis, maupun sosiologis, penulis menyimpulkan bahwa peluang mediasi pidana atau *Tahkim* sangat diperlukan dalam wacana pembaharuan hukum pidana kedepan.

Melalui berbagai nash, hadist dan pendapat fuqoha di atas dapat mencerminkan konsep kemaslahatan *dar'ul mafasid muqoddam 'ala jalbi al-*

mashalih (menolak kerusakan dan mengutamakan kemanfaatan). Rasulullah SAW sendiri bersabda :

Dari Abu Hurairah berkata, Rasulullah SAW bersabda: “Perdamaian antar kaum muslim dibolehkan, kecuali perdamaian yang menghalalkan perkara yang haramkan dan perdamaian yang mengharamkan perkara yang halal.” (HR Abu Daud).⁵⁸

Kajian ini memberikan sebuah formulasi dan perkembangan dalam rangka pembaharuan hukum pidana serta sistem peradilan pidana di Indonesia kedepan. Mediasi pidana (*Tahkim*) kedepan sebagai wadah atau proses yang cepat dalam wujud keadilan restoratif dalam proses penyelesaian tindak pidana tertentu dalam hal ini penulis memberikan kajian tindak pidana KRDT dan tindak pidana yang berkaitan dengan Lalu Lintas. Memahami mengaplikasikan *Tahkim* dalam kehidupan, masyarakat tidak selaku hanya diterapkan dalam kalangan umat muslim saja, akan tetapi juga bisa di aplikasikan dalam masyarakat manapun.

Islam sebagai agama *Islām sālīhun likulli zaman wa makan*. memberikan cara pandang yang kompleks dalam rumusan *Tahkim*, bahwa dampak sosial lahirnya mediasi pidana (*Tahkim*) bersifat universal, termasuk dalam konteks kebangsaan dan bernegara, hal ini sangat relevan dalam sistem hukum pidana dengan tujuan hukum pidana, serta nilai keseimbangan dalam hukum pidana itu sendiri dengan basis keadilan yang restoratif.

Memahami mediasi pidana atau *Tahkim* secara keseluruhan sangat berpengaruh tidak hanya dari tujuan hukum pidana dalam penanggulangan kejahatan akan tetapi sebagai cerminan dari nilai-nilai keadilan yang luhur.

⁵⁸ Nashirudin, Muhammad Sholih Sunan Abu Daud (Jakarta : Pustaka Azzam,2007) hlm 634

Mediasi pidana ini memberikan perlindungan hukum menyeluruh baik tersangka atau korban demi terselenggaranya negara hukum. Pembaharuan yang merupakan bagian dari *law enforcement policy*, *criminal policy*, dan *social defence policy*, dan dengan menempatkan fungsionalisasi hukum pidana sebagai *ultimum remedium* yang integral dengan pendekatan *non penal approach* dalam penindakan kejahatan secara menyeluruh.

Tidak hanya itu saja mediasi pidana atau *Tahkim* merupakan reorientasi dan revaluasi pokok-pokok atau ide-ide dasar atau nilai sosio-filosofis, sosio-politik, dan sosio-kultural yang meladasi kebijakan criminal dan kebijakan (penegakan) hukum pidana selama ini. Sehingga dalam hal ini mediasi pidana sebagai salah satu upaya pembaharuan hukum pidana tidak lagi berorientasi pada orientasi nilai dari hukum pidana yang lama saja, akan tetapi lebih kepada kemaslahatan dan keadilan *restorative*. Dengan demikian peluang dari mediasi pidana dalam penanggulangan tindak pidana berorientasi kepada pendekatan yang berorientasi *Policy oriented approach* dan *Value Oriented Approach*.

Mediasi pidana atau *Tahkim* bisa dikaitkan dengan ide keseimbangan dalam hukum pidana⁵⁹ yang artinya pembaharuan hukum pidana ini harus mencakup nilai keseimbangan *monodualistik* antara kepentingan umum/

⁵⁹ Ide keseimbangan hukum pidana secara filosofis, melihat pembentukan RUU KUHP 2015 ini didasarkan atas pemikiran neo-klasik (*neo-classical school*) atau aliran *daad-daader strafrecht* yang berkembang pada abad ke-19, dimana perhatiannya tidak hanya dipusatkan pada tindak pidana atau faktor objektif (perbuatan atau lahiriyah) saja, namun juga dipusatkan terhadap aspek-aspek individual atau faktor subjektif (orang atau batiniyah atau sikap batin) dari pelaku tindak pidana,

masyarakat dan kepentingan individu atau perorangan, keseimbangan dari perlindungan baik pelaku dan korban, baik keseimbangan antara unsur, faktor objektif dan subjektif, keseimbangan kriteria formil dan materiil, keseimbangan antara kepastian hukum, kelenturan/ fleksibilitas dan keadilan, serta keseimbangan nilai-nilai social dan global.

Salah satu wujud dari ide keseimbangan hukum pidana adalah celah yang secara yuridis melandaskan dilaksanakannya mediasi pidana yaitu; KUHP Pasal 152 huruf (d) dalam RUU KUHP baru, serta dalam RUU KUHP Baru BAB III terkait Penuntut umum dan penuntutan Pasal 42 ayat (2) penuntutan juga berwenang menghentikan penuntutan demi kepentingan umum dan/atau dengan “alasan tertentu”. Akan tetapi pengaturan ini kurang begitu mendetail tidak adanya pengaturan yang menjelaskan baik penyelesaian diluar pengadilan yang seperti apa, kemudian secara substansi aturan penghentian dengan alasan tertentu yang seperti apa atau tindak pidana seperti apa?

Pandangan penulis, perlunya aturan yang terpadu nantinya jika mediasi pidana atau *Tahkim* di terapkan di Indonesia. Baik jenis tindak pidana yang dapat mengkompromisasikan atau melihat segi positifnya (sebaliknya juga berarti, menghindari segi-segi negatif) dari pidana penjara disatu sisi dan pidana pengawasan disisi yang lain. Dalam hal ini perlu penekanan bahwa tindak pidana yang “Mengkompromikan “pidana” dengan “tindakan”, agar dapat membawa keadilan yang menyeluruh yang berbasis nilai keseimbangan hukum pidana.

Sebagai hasil analisa, mediasi pidana atau *Tahkim* sebagai peluang proses penyelesaian tindak pidana dalam rangka pembaharuan hukum pidana kedepan, memberikan tujuan pemidanaan yang hakekatnya memberikan perlindungan, mendidik kembali terpidana dan mematuhi aturan kebiasaan masyarakat atau membangun sikap yang patut terhadap atauran bersama masyarakat dan tidak hanya menegakkan atau membangun *rule of law*, tetapi juga "*rule of social cohabitation*". 2 (dua) (tindak pidana kecelakaan Lalu-lintas dan Kekerasan dalam rumah tangga) dari sekian banyak tindak pidana yang ada memberikan fokus penulis bagaimana gambaran mediasi pidana / *Ishlash* sebagai sebuah terobosan yang nantinya dilakukan oleh lembaga penegak hukum untuk mengupayakan "mediasi pidana / *Tahkim*" ini, karena tidak selayaknya dilihat hanya menjadi sebuah kompetitor,⁶⁰ akan tetapi benar2 menyaring atau filterisasi agar kasus tersebut dapat terselesaikan dengan prinsip kemaslahatan dan keadilan restoratif.

Secara aplikasi model yang menjadi landasan dalam proses mediasi pidana dengan menggunakan model *Victim offender mediations* , kiranya model ini cocok jika diterapkan dalam penyelesaian tindak pidana, baik KDRT ataupun kecelakaan lalu lintas. Penulis beranggapan VOM memberikan jalan kepada pelaku kejahatan untuk bertemu dan berdialog dengan korban kejahatan, dengan dibantu oleh seorang mediator yang terlatih. Model ini mencoba mengakomodasi bagaimana tidak efektifnya

⁶⁰ Proses mediasi pidana dalam penyelesaian tindak pidana diluar proses hukum positif saat ini hanya bersifat sebagian kecil saja. Sedangkan semua yang dijalannya masih berorientas pada proses penyelesaian yang formal, hal ini diakena ketentuan induk memang memberinya peluang.

sistem peradilan pidana, hanya karena aspek pembalasan semata, dan lebih bersifat formalistik. Tidak puasnya lebih lanjut, karena sistem peradilan tidak memfokuskan pada kebutuhan-kebutuhan korban saja dan menyediakan forum dimana korban merupakan hal esensial bagi terciptanya keadilan. Model VOM ini sendiri merupakan cerminan dari keadilan restoratif. Lebih lanjut terkait bagaimana penerapannya model *Victim offender mediations* (VOM) ini diterapkan penulis membahasnya di sub Bab selanjutnya.

B. Gambaran Praktek Penyesuaian Mediasi Pidana dalam Perkara Tindak Pidana dilihat dari Mediasi Hukum Pidana Islam

Proses penegakan hukum yang dinilai kurang memihak kepada korban, membuat korban sebagai subjek hukum yang dirugikan kurang mendapatkan perhatian. Kondisi demikian, membuat sistem peradilan ketika terhadap penanganan tindak pidana seluruhnya berakhir dengan pidana penjara. Hal ini dirasa berakhir dengan hal yang kurang baik demi efektifitas hukum pidana di masa yang akan datang. Hukum pidana dengan berdasarkan filsafat hukum yaitu keadilan *law of justice*, harus memberikan sarana yang baik sesuai dengan cita hukum yang diharapkan.

Mediasi pidana atau *Tahkim* sebagai sarana penyelesaian kejahatan pidana memberikan gambaran kompromistis serta humanis bagaimana keadilan bisa tercapai, tanda ada satupun pihak tersakiti bahkan seluruhnya bisa terlibat didalam. Jika kita lihat dalam konsep kemaslahatan dalam hukum Islam kandungan *dar'ul mafasid muqoddam 'ala jalbi al-mashalih* (menolak kerusakan dan mengutamakan kemanfaatan), Konsep mediasi pidana atau

Tahkim sendiri sangat diajarkan untuk di terapkan dalam persoalan tersebut.

Dalam sebuah hadist Rasulullah SAW bersabda :

“Dari Abu Hurairah berkata, Rasulullah SAW bersabda: “Perdamaian antar kaum muslim dibolehkan, kecuali perdamaian yang menghalalkan perkara yang haramkan dan perdamaian yang mengharamkan perkara yang halal.” (HR Abu Daud).⁶¹

Gambaran dari mediasi pidana atau *Tahkim* dapat penulis kaji dari berbagai kasus baik dalam lingkup kejahatan tindak pidana Kekerasan dalam Rumah Tangga serta tindak pidana kecelakaan dalam Lalu lintas angkutan jalan. Berikut analisis bagaimana mediasi pidana dari sudut pandang hukum pidana Islam kedalam mediasi pidana dalam hukum pidana positif.

I. Tindak pidana yang berkaitan dengan Keluarga / KDRT.

Dalam kasus *pertama* terjadi dalam tindak pidana kekerasan alam rumah tangga di wilayah hukum Polres Brebes No. Pol. : LP/ 62/ III/ 2016/ JATENG / Res. Bbs/ SPKT meret 2016 dengan tersangka ARH, dengan dugaan penelantaran serta melakukan pemukulan terhadap istri Tersangka N.A. Tersangka ARH di dakwa dengan Pasal 49 Undang-undang no 23 Tahun 2004 tentang penghapusan kekerasan dalam rumah tangga. Penelantaran tersebut bermulai dari bulan 1 Oktober 2015 dimana Tersangka tidak memenuhi kebutuhan sebagai seorang suami.

Berdasarkan fakta-fakta dan keterangan saksi, serta keterangan tersangka serta didukung dengan bukti yang ada di dapatkan petunjuk benara telah terjadi tindak pidana menelantarkan orang dalam lingkup

⁶¹ Nashirudin, Muhammad Sholih Sunan Abu Daud (Jakarta : Pustaka Azzam,2007) hlm 634

rumah tangganya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 49 Undang-undang RI No. 24 Tahun 2004 tentang Penghapusan kekerasan dalam rumah tangga yang terjadi pada awal bulan oktober 2015 sampai dengan perkara ini dilaporkan yaitu pada tanggal 24 maret 2016 bertempat Jln Bangka No.63 RT 04/07 Kel. Limbangan wetan Kec. Brebes, Kab. Brebes terhadap terlapor/ Koban saudari N.A sebagai istri yang (sah) beserta anak kandung TZ . yang dilakukan oleh tersangka ARH sebagai suami yang sah.

Tersangka melakukan tindak pidana penelelantaran terhitung semenjak oktober 2015 sampai dengan kejadian dilaporkan 24 Maret 2016. Tersangka bekerja di kapan persiar untuk mencukupi kebutuhan anak dan istrinya pada bulan September 2015 mengirim uang sejumlah 25.000.000.00 selanjutnya hingga bulan Oktober terjadi pertengkaran hingga pihak istri pergi kerumah orang tua aslnya dengan membawa anaknya. Hingga saat itu tersangka tidak pernah memberikan nafkah secara lahir batin kepada korban dan anaknya.

Dalam perkembangannya perkara ini, pelapor atau korban memberikan pandangan terkait keinginan untuk menyelesaikan melalui upaya musyawarah dan membicarakan secara baik dengan tersangka. Disini selaku Penyidik Unit PPA Iptu. Puji Haryati⁶² memberikan penjelasan, jika proses mediasi pidana dalam perkara ini berlangsung maka akan ada pihak baik tersangsa beserta kuluarga serta ditambah saksi

⁶² Wawancara dengan Kanit PPA Polres Brebes IPTU Puji Haryati, tanggal 22 Desember 2017.

dari penyidik serta kuasa hukum ikut didalamnya. Setelah terjadinya kesepakatan antara korban dan tersangka maka, penyidik melakukan upaya mempertemukan seluruh pihak terkait.

Pertemuan tersebut terjadi pada 15 desember 2016 dengan dengan tahap pra-mediasi dengan acara mendatangkan pihak-pihak yang berperkara.

Upaya ini sangat penting guna menyelaraskan baik korban dengan tersangka serta keluarga korban, dengan harapan memberikan nuansa yang baik dan rasa yang aman. Pihak penyidik⁶³ langsung menjembatani proses tersebut dengan memberikan kesempatan kepada para pihak bagaimana duduk permasalahan fakta dan posisi menurut versi para pihak, serta hal yang di inginkan baik korban atau tersangka. Dengan di bantu oleh penyidik serta tokoh yang di tuakan, proses pengambilan keputusan diambil dengan cara mengevaluasi pilihan dari para pihak dan memperkecil keributan korban dan tersangka.

Tidak hanya itu penyidik dalam kasus ini memberikan arahan dan nasehat juga dengan masalah pemberian nafkah yang sempat tertunda. Korban dalam kasus ini memberikan beberapa syarat yang harus di lakukan oleh sang suami yaitu dengan memperjelas pemberian nafkah

⁶³ Rujukan dari Surat Edaran Kapolri NO B/3022/XII/2009 SDEOOPS tentang ADR (*Alternatif Dispute Resolution*)

serta tidak terjadinya kekerasan sedikitpun kedepannya. Adapun isi dari surat pernyataan perdamaian antara lain sebagai berikut :

Bersama dengan datangnya surat pernyataan ini dalam perkara No. Pol. : LP/ 62/ III/ 2016/ JATENG / Res. Bbs/ SPKT meret 2016, Bahwa para pihak yaitu Arif Rahman Hakim selaku tersangka/suami dengan Neka Atletika selaku korban/ istri telah saling memaafkan dengan kesalahan yang sengaja ataupun tidak sengaja. Pihak tersangka/suami menyadari dan menyesal atas perbuatan yang telah dilakukan dan bersepakat dengan mengahiri dengan damai.

Apabila tersangka melakukan suatu perbuatan lain atau melakukan hal kekerasan dan penelantaran terhadap keluarga maka akan menerima sanksi hukum yang berlaku dan menanggung akibat yang dilakukan tersebut diatas. Demikian surat pernyataan ini kami buat dengan sebenar benarnya tanpa adanya paksaan dari orang lain atau dipergunakan sebagaimana mestinya. Bilamana ada pihak orang lain yang ingin menghidupkan perkara ini kembali dianggap tidak sah dan tidak berlaku sesuai hukum yang berlaku.

Dengan adanya surat pernyataan perdamaian diatas materai penyidik Polres Brebes menghentikan proses hukum lebih lanjut.

Kemudian kasus *Kedua*, penggunaan mediasi pidana atau *Tahkim* terjadi pada tindak pidana kekerasan dalam rumah tangga dengan delik Pasal yang berbeda yaitu Pasal 44 ayat (4) Undang-undang Penghapusan kekerasan dalam rumah tangga, dengan tersangka NK. Perkara dengan No.Pol.:LP/B/22/III/2017/Jateng/Res Bbs/SPKT. Dengan korban S, tersangka NK melakukan tindak pidana Kekerasan Fisik terhadap istrinya / Pelapor S, hingga luka. Kekerasan tersebut terjadi tang 13 Februari 2017

pukul. 06.00 WIB dirumah terlapor termasuk JL Kota Baru Gang / Rr03/02 Kec/Kab Brebes. Terlapor melakukan pemukulan sebanyak sekali menggunakan kepalan tangan, disertai dorongan ke dinding dan melintiran badan pelapor. Setelah itu pelapor meninggal rumah. Pelapor mengalami luka pada pipi kiri, pipi kanan pundak kiri, pundak kiri, pergelangan tangan kiri dan tulang kering kiri, sesuai bukti *visum et repetum* No. 02/PKM-XXI/IV/2017.

Bahwa dalam berjalan proses penyidikan berlangsung pada tanggal 20 Februari 2017, pelapor/korban sekaligus istri memiliki keinginan untuk berdamai dengan suami dengan alasan karena memiliki anak yang masih menjadi tanggung jawab NK selaku ayah dan masih dalam pengampunan. Penyidik pembantu Mashudi BR langsung menindak lanjuti laporan korban S yang kemudian diambil alih oleh penyidik Ipda. Puji Haryati yang kemudian dilakukan gelar awal dihadapan penyidik dan memberikan masukan apakah tindak pidana layak untuk di mediasi. Setelah tahap tersebut Penyidik bersama dengan korban S serta terlapor NK tertanggal 22 February 2017 melakukan mediasi atau *Tahkim* bersama-sama dengan saksi kedua saudara serta orang tua kedua belah pihak. Dan penasehat hukum. Dengan pernyataan sebagai berikut:

Bersama, surat ini kami sampaikan, bahwa kedua orang diatas sepakat untuk mengahiri perkara tersebut dengan saling memaafkan kesalahan masing-masing baik pihak terlapor dan pihak pelapor baik sengaja ataupun tidak disengaja. Masing-masing kedua belah pihak saling menyadari satu sama lain dan terlapor menyesal dengan perbuatannya. Segala persoalan yang kami laporkan yang mnyangkut

diri kami kami nyatakan diselesaik dengan musyawarah secara kekeluargaan. Oleh karena itu, surat ini degan segala hormat menyampaikan kepda penyidik untuk mencabut perkara tersebut sesuai dengan pencabutan pengaduan tanggal 18 April 2017.

Pemaparan Perkara tindak pidana kekerasan dalam rumah tangga di atas sejauh analisa penulis penggunaan mediasi pidana atau *Tahkim* sudah berjalan sesuai dengan cara pandang mediasi pidana Islam (*Tahkim*).

Dimana pandangan penulis didalamnya terdapat tahapan pra mediasi atau tahapan persiapan dengan datangnya seorang *hakam* dengan memformulasikan sejumlah pertanyaan secara tidak langsung kepada para pihak. Dan dalam hal ini penyidik selaku *hakam* harus mampu menciptakan kondisi yang aman sebelum mediasi atau *Tahkim* dimulai.

Hakam atau mediator dalam mediasi atau *ishlah* dapat terdiri dari satu orang atau lebih. Ulama berbeda pendapat tentang siapa yang mengangkat dan mengutus *hakam* atau mediator dalam sengketa *syiqaq* (perselisihan). Madzab Hanafi, Syafi'I dan Hambali berpendapat bahwa berdasarkan *Dharir Nas* surat An-Nisa ayat 35, dalam kata *ahlun* diartikan dengan *khahir* (ahli dalam bidangnya atau profesiaonal). *Hakam* atau mediator diangkat oleh pihak keluarga suami atau istri, bukan suami atau istri secara langsung.⁶⁴

⁶⁴ Samir Aliyah, *Sistem Pemerintahan..op.cit.* hlm 240

Hingga dalam tahapan pelaksanaan *hakam* bertindak sebagai pendengar yang aktif dan dapat mengemukakan pertanyaan-pertanyaan dan harus juga menerapkan aturan keputusan dan sebaliknya mengontrol interaksi para pihak. Untuk itu, seorang *hakam* harus bisa menjalin kerjasama dengan para pihak secara bersama-sama dan terpisah untuk mengidentifikasi isu-isu, memberikan pengarahan para pihak tentang tawar menawar pemecahan masalah serta mengubah pendirian para pihak dari posisi masing-masing menjadi kepentingan bersama.

Serta dalam tahapan pengambilan keputusan *hakam* meminta para pihak untuk membantu mengevaluasi pilihan apa yang diinginkan dan memperkecil perdebatan dan keputusan *hakam* juga menentukan para pihak.

II. Perkara Tindak Pidana Kecelakaan lalu Lintas.

Kasus *pertama* dalam tindak pidana kecelakaan lalulintas ini, dengan No: BP/73/III/2017/Lantas. Dengan Tersangka L.I umur 16 Tahun pelajar. Alamat desa. Kecipir RT02/01, Kecamatan Losari, Kabupaten. Brebes. Tersangka melanggar Pasal 310 ayat (4) Undang-undnag Nomor 22 Tahun 2009 tentang lalu lintas angkutan jalan. Dalam hal ini tersangka sendiri yang menjadi korban dan meninggal di tempat. Kecelakaan ini terjadi takibat kelalaian tersangka disusul dengan truk yang melintas kemudian mengakibatkan korban MD ditempat. R.A dalam hal ini sebagai pegendara Truk yang melindas korban ikut dimintai

keterangan oleh penyidik Laka. Barang bukti sepeda motor dan truk troton masuk dalam berita acara penyitaan penyidik.

Perkara mengalami penghentian sesuai Nomor Sp.Sidik/ 73/III/ 2017/ dikarenakan tersangka sendiri meninggal dunia. Akan tetapi dari pihak RA sendiri melalui keluarnya yakni B dengan etikat baik mengajukan permohonan tidak dilanjutkannya perkara Laka Lantas. Yang berisi sebagai berikut :

Dengan mengajukan permohonan tidak dilanjutkannya perkara laka lantas Sdr RA perkara tindak pidana kecelakaan lalu lintas yang terjadi padahari jumat Tanggal 03 MAret 2017 sekira pukul 14.00. WIB di jaan raya Pantura wilayah hukum Polres Brebes antara Spm Honda Beat dengan KBM trusk trontin dengan alasan: RA merupakan tulang punggung keluarga, kemudia kecelakaan yang dialami oleh RS dan L I meruakan musibah dan dan tidak ada unsur kesengajaan. Pihak dari keluarga RA telah memeberika sejumlah bantuan pemakaman korban sebesar Rp.8000.000.00 (delapan juta rupiah) dan langsung diterima oelh keluarga korban SPM LI. Kami dan keluarga sudah terjadi perjanjian perdamaian antara kedua belah pihak dan sudah tidak ada tuntutan dari keluarga korban terlampir dalam surat pernyataan. Dan memoon agar permasalahan dapat diselesaikan secara kekeluargaan dan selesai di pihak keolisian.

Pada kasus *kedua*, perkara pelanggaran lalu lintas yang mengakibatkan kecelakaan dengan Nomor : BAPS/ 02/I/2017/ Lantas. Antara KBM truk Cold Diesel degan SPM RX king. Kejadian tersebut berlangsung pada hari jum'at tanggal 30 desmeber 2006 pukul 22.00.

tersangka MS melanggar Pasal 310 ayat (2) Undang-undang No 22 Tahun 2009 tentang lalu lintas angkutan jalan. “Karena kelalaiannya mengakibatkan kerusakan kendaraan dan atau barang”.

Peristiwa tersebut berakhir pada perdamaian antara pihak dengan di fasilitas oleh penyidik Sat Lantas dengan berbagai pertimbangan penyidik. Surat pernyataan bersama sebagai cerminan mediais pidana atau *Tahkim* terjadi pada tanggal 31 desember 2016 dengan isi surat pernyataan tersebut sebagai berikut :

Sehubungan dengan kejadian kecelakaan lalu lintas pada hari Jum'at 30 desember 2016 dengan Nomor : BAPS/ 02/I/2017/ Lantas. Antara KBM truk Cold Diesel dengan SPM Yamahan RX king, Yang mengakibatkan luka-luka dan kerusakan kendaraan. Dengan hal tersebut diatas, kami kedua belah pihak telah musyawarah dan sepakat berdamai bersama dan diselesaikan secara kekeluargaan dengan hasil sebagai berikut : kami kedua belah pihak telah menyadari bahwa kecelakaan tidak ada unsur kesengajaan melainkan atas kehendak Tuhan YME, kemudian pihak kesatu memberikan santunan pengobatan sebesar Rp.1000.000.00 (satu juta rupiah) kepada pihak ke II dan pihak ke II sudah menerimanya. Kami berdua tidak akan saling menuntut dan telah menyelesaikan perkara ini secara kekeluargaan dan selanjutnya memohon perkara tidak dilanjutkan penyidikannya di tingkat Kepolisian dan tidak diajukan penuntutan di tingkat kejaksaan serta tidak diajukan siding ke pengadilan.

Tidak hanya perkara di wilayah hukum Polres Brebes saja, penulis juga melakukan studi wawancara dengan Sat Lantas Polres Semarang (Ungaran) terkait penyelesaian tindak pidana Laka Lantas dengan

menggunakan Mediasi pidana. Polres Semarang sendiri dalam beberapa kasus lalu lintas, proses penanganannya dirasa efektif ketika mediasi pidana di terapkan. Keadilan bagi pelaku dan korban itu seimbang dan memiliki tujuan dan kemaslahatan yang baik hingga tercapainya kesepakatan. Pentingnya mediasi pidana dalam perkara lalu lintas mewujudkan rasa aman nyaman dan penyidik memberikan masukan dan menyarankan untuk membuat surat pernyataan bersama apabila ada perdamaian antara pelaku dan korban ataupun pihak keluarga.⁶⁵

Sebagaimana contoh, perkara kecelakaan lalu lintas yang telah ditangani oleh unit laka Polres Semarang dalam penyelesaian perkaranya secara mediasi antara lain :

1. Kasus dengan Berkas Perkara No. Reg. Pol: BP/13/I/2015/LL, dengan saksi korban yaitu Sdr. Niyo dan tersangka perkara pelanggaran lalu lintas yaitu Sdr. Slamet Riyanto, umur 41 tahun yang dianggap sebagai kelalaian telah mengakibatkan meninggal dunia. Dalam hal ini tersangka telah melanggar Pasal 310 ayat (2) dan ayat (4) UU No. 22 Tahun 2009 tentang Lalu Lintas dan angkutan Jalan Jo 77 KUHP.
2. Kasus dengan Berkas Perkara No. Reg. Pol: BP/13/II/2016/LL, dengan saksi korban yaitu Sdr. Supriyadi Bin Slamet dan tersangka perkara pelanggaran lalu lintas yaitu Sdr. Arif Hakiki, umur 18 tahun yang dianggap sebagai kelalaian telah mengakibatkan meninggal dunia. Dalam hal ini tersangka telah melanggar Pasal 310 ayat (2) dan

⁶⁵ Hasil wawancara dengan Bripksa Destiantika Ukky M. Penyidik Pembantu Unit Laka Sat.Lantas Polres Semarang, Rabu, 23 Desember 2017.

Pasal 310 ayat (4) dan (1) UU No. 22 Tahun 2009 tentang Lalu Lintas dan angkutan Jalan Jo 77 KUHP.

3. Kasus dengan Berkas Perkara No. Reg. Pol: BP/32/III/2016/LL, dengan saksi korban yaitu Sdr. Dimas Satriya dan tersangka perkara pelanggaran lalu lintas yaitu Sdr. Septian Alfa Kossi Bin Kusmanto, umur 20 tahun yang dianggap sebagai kelalaian telah mengakibatkan meninggal dunia. Dalam hal ini tersangka telah melanggar Pasal 310 ayat (4) UU No. 22 Tahun 2009 tentang Lalu Lintas dan angkutan Jalan Jo 77 KUHP.
4. Kasus dengan Berkas Perkara No. Reg. Pol: BP/68/V/2016/LL, dengan saksi korban yaitu Sdr. Putra Irfanda dan tersangka perkara pelanggaran lalu lintas yaitu Sdr. Nur Ahmad Rizal, umur 15 tahun yang dianggap sebagai kelalaian telah mengakibatkan meninggal dunia. Dalam hal ini tersangka telah melanggar Pasal 310 ayat (3) dan (2) UU No. 22 Tahun 2009 tentang Lalu Lintas dan angkutan Jalan Jo 77 KUHP.

Beberapa kasus kecelakaan diatas baik yang mengakibatkan hilangnya nyawa atau kerusakan tersebut, diselesaikan melalui mediasi pidana yang ditandatangani antara dua belah pihak keluarga dimana kedua pihak menyebutkan bahwa dasar dari kecelakaan lalu lintas tersebut adalah musibah bersama dan keluarga pihak korban tidak mengadakan tuntutan baik secara perdata maupun pidana. Surat perdamaian tersebut ditanda tangani keluarga kedua belah pihak. Penyelesaian perkara kecelakaan lalu lintas secara mediasi

khususnya pada korban yang meninggal dunia dilakukan dengan alasan kemanusiaan. Pada prinsipnya gambaran dari segi penyelesaian ini sejalan dengan cara pandang model *Victim offender mediation* (VOM) yang mengerucut pada keadilan *restorative*.

VOM sendiri pada hakekatnya pada tahap perundingannya dengan memusyawarahkan sebagai bentuk pertanggung jawaban pelaku. Setelah tepat, maka pelaku harus melakukan kewajibannya. Hasil keepakata tersebut di buat dalam bentuk akta perdamaian yang kemudian dalam hal ini dimintakan pengesahan oleh pengadilan negeri, apabila penyelesaian dengan cara mediasi sudah terlaksana, maka sudah dianggap selesai, akan tetapi apabila tidak tercapai kesepakatan, atau salah satu pihak tidak melaksanakan apa yang telah di putuskan, perkara tersebut dilaporkan kembali ke pihak kepolisian.

Tentunya bentuk peluang dari mediasi pidana secara hukum positif telah terealisasikan secara matang dalam perkara tindak pidana diatas serta sesuai dengan gambaran hukum pidana Islam. Mediasi pidana sebagai entitas hukum yang merupakan bentuk moderanisasi hukum pidana, manpu menjawab ketimpangan proses peradilan yang terlalu pragmatis. Oleh karenanya, mediasi pidana sebagai pembaharuan hukum pidana melalui kontribusi hukum pidana Islam membuat stimulan baru yang mendasarkan keadilan dan nilai-nilai yang sesuai dengan ciri masyarakat Indonesia.

Keberadaan mediasi pidana atau *Tahkim* dalam beberapa perkara pidana diatas penulis dapat menyimpulkan kontribusi hukum pidana Islam terhadap mediasi pidana dalam pembaharuan hukum pidana kedepan sangat

memberikan nilai yang berbeda dari sistem peradilan pidana yang pragmatis menjadi keadilan yang restoratif.

Nilai keseimbangan (*monodualistik*) hukum pidana yang senada dengan kemaslahatan dalam hukum pidana Islam sangat melihat realitas kepentingan umum /masyarakat atau kepentingan umum/ individu secara jelas.

Proses mediasi pidana atau *Tahkim* terciptanya upaya kemaslahatan melalui *maqoshid al- syariah* melalui unsur *dharuriyah* nya membuat proses ini sesuai yang diharapkan. Perlindungan Agama (*al-din*), jiwa (*an-nafs*), akal (*al-'aql*), keturunan (*an-nasl*) dan harta (*al-mal*) merupakan unsur yang penting dalam keberlangsungan orang-orang yang disekitar yang dirugikan atau ditinggalkan oleh karena mutlak dalam hukum pidana Islam pemberian restitusi kepada pihak yang berhak menerima perlu di lakukan. Kelima kepentingan dasar tersebut juga merupakan kepentingan-kepentingan yang dilindungi oleh norma hukum, sehingga seluruh kemaslahatan tersebut terjaga.

Hal ini tidak bertentangan dengan hukum pidana Islam sebagaimana hadist Rasulullah SAW bahwa :

“Ringankanlah Hukuman bagi orang yang tidak pernah melakukan kejahatan, atas perbuatan mereka, kecuali jarimah-jarimah hudud”

Dalam proses penyelesaian mediasi pidana dalam tindak pidana ini kekuatan putusan *Tahkim* menurut sebagian ulama fiqih ada berbeda pendapat mengenai ketentuan hukum bagi putusan *tahkim*. Menurut ulama Mazhab Hanafi, apabila *hakam* telah memutuskan perkara pihak-pihak yang berishlash

dan merekam menyetujuinya, maka pihak-pihak yang ber*Tahkim* terikat dengan putusan tersebut.

Apabila mengadukan ke pengadilan dan Hakim sependapat dengan putusan *hakam*, maka Hakim pengadilan tidak boleh membatalkan putusan *hakam* tersebut, akan tetapi jika Hakim pengadilan tidak sependapat dengan putusan *hakam* maka Hakim berhak membatalkannya. Menurut pendapat Ulama Mazhab Maliki dan Mahzab Hambali, apabila keputusan yang dihasilkan oleh *hakam* melalui proses *Tahkim* tidak bertentangan dengan Al-Quran, *hadist*, dan *Ijma*, maka Hakim pengadilan tidak berhak membatalkan putusan *hakam*, sekalipun Hakim pengadilan tersebut tidak sependapat dengan putusan *hakam*.⁶⁶ Oleh karena itu sejalan dengan perkembangan situasi, seorang *hakam* termasuk pula suatu lembaga peradilan, lembaga sosial atau lembaga badan hukum yang dapat membantu mengatasi persoalan.⁶⁷

Sebagai hasil dari penulisan ini, mediasi pidana atau *Tahkim* baik dalam hukum pidana Islam dan hukum pidana positif saling berkontribusi dan memberikan peluang terciptanya perdamaian. Semangat dari keadilan restoratif serta diimbangi dengan nilai keseimbangan hukum pidana suatu hal pada dasarnya merupakan bagaian dari hukum yang ada di dalam masyarakat yaitu musyawarah yang telah dikenal sejak 1400 tahun yang lalu. Sehingga mekanisme ini wujud dari sebuah *Istimbat* dengan metode *Istitdlal* (*Al-quran*,

⁶⁶ Ensiklopedi Hukum Islam, (Jakarta: PT Ictiar Baru Van Houve, 2003) hlm 1751.

⁶⁷ Farha Ciciek, *ikhtiar Mengatasi Kekerasan Dalam Ruamh Tangga : belajar Dari Kehidupan Rasulullah SAW*, cet I, Jakarta Lembaga Kajian Agama, dan Gender, 1999, hlm.56.

Al-Hadist, serta 'ijma) mampu menjawab tantangan hukum pidana pidana dimasa yang akan datang.

Serta prinsip kekeluargaan yang berdasarkan pada perdamaian antara korban dan keluarga dengan model *Victim offender mediations* (VOM) dengan melibatkan aparat penegak hukum menjadi harapan masyarakat Indonesia. Dengan mengedepankan prinsip *win-win solutions* serta keadilan hukum yang bermartabat, sudah barang tentu, sanksi pidana penjara tidak lagi menjadi momok sebagai upaya terakhir saat ini dan di masa yang akan datang.

Tujuan keadilan yang *haq* memberikan peluang Kaidah "*al-muhafadhotu 'ala qodimis sholih wal akhdzu bil jadidil ashlah*" bahwa Islam memelihara tradisi lama yang baik dan mengambil tradisi baru yang lebih baik, merupakan cerminan hukum Islam yang tidak mudah termakan oleh zaman "*Al - Islamu likulli zaman wa makan*". Tersampainya kontribusi hukum pidana Islam dalam mediasi pidana ini mengembalikan tujuan hukum pidana yaitu *ultimum remedium* wujud pemedanaan sebagai obat terakhir bukan sebagai *primum remedium* yang selama ini di jalankan.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

Permasalahan pokok yang dibahas dan di analisis dalam peneletiiian ini adalah : (1) Bagaimana kontribusi dan peluang mediasi pidana Islam terhadap konsep mediasi pidana dalam pembaharuan hukum Pidana Nasional? Dan (2) Apakah praktek penyelesaian Mediasi Pidana Indonesia dalam sistem hukum pidana sudah sesuai dengan mediasi pidana Islam. Dengan pembahasan yang telah di kemukakan pada bab-bab sebelumnya, maka penulis dapat mengambil kesimpulan, dan menjawab permasalahan yang menjadi titik sentral penulisan tesis ini yaitu :

1. Kontribusi dan peluang mediasi pidana Islam terhadap konsep mediasi pidana dalam pembaharuan hukum Pidana Nasional :
 - a. Ditinjau dari Alasan Filosofis.

Kontribusi dan peluang hukum pidana Islam dalam konsep mediasi pidana dalam pembaharuan hukum pidana kedepan memiliki landasan yang kuat sesuai dengan kaidah fiqih “*dar’ul mafasid muqoddam ‘ala jalbi al-mashalih* (menolak kerusakan dan mengutamakan kemanfaatan). Asas kemanfaatan ini mengiringi berlakunya asas keadilan dan kepastian hukum. Di dalam melaksanakan asas keadilan dan kepastian hukum senantiasa

memperhatikan asas kemanfaatan, baik manfaat untuk diri sendiri maupun kemaslahatan umum.

Penerapan mediasi pidana atau *ishlah* dalam tindak pidana baik kekerasan dalam rumah tangga ataupun tindak pidana kecelakaan lalu lintas, berpijak pada nilai kemaslahatan dengan kriteria *dharuriyyat* (primer) sampai tingkat *hajjiyyat* (sekunder) dan dalam tingkat *tahsiniyyat* (tersier). Ada 5 (lima) komponen yang secara langsung dilanggar baik (*al-din*), jiwa (*an-nafs*), akal (*al-'aql*), keturunan (*an-nasl*) dan harta (*al-mal* yang terkandung dalam *al-mashalih al-khamsah*. konsep *Islah* yang dikembangkan oleh hukum pidana kita dengan mediasi pidana, bahwa berakar dari kemaslahatan *dar'ul mafasid muqoddam 'ala jalbi al-mashalih* memberikan dasar atau pijakan secara yuridis formil kedepan. Dengan semakin berkembangnya sistem di Indonesia dengan metode pemabaharuan hukum pidana kiranya hukum pidana Islam masuk dengan menjawab besarnya tantangan zaman, atau dalam hadist "*al-muhafadhotu 'ala qodimis sholih wal akhdzu bil jadidil ashlah*" bahwa Islam selalu memelihara tradisi lama yang baik dan mengambil tradisi baru yang lebih baik, serta menghadapi dan menjawab perubahan dan dinamika hukum, maka tidak menutup kemungkinan hukum Islam dapat melakukan penafsiran kembali (reintepretasi) maupun aplikasinya.

b. Ditinjau dari alasan Yuridis.

Pertimbangan alasan yuridis dalam peluang mediasi pidana atau ishlah dalam penyelesaian tindak pidana merupakan jalan bagi korban dan pelaku berdialog dan saling memberikan sehingga wujud perdamaian itu terjadi. Merujuk pada konsep kemaslahatan sebagai dasar. Hukum pidana Islam juga memiliki rujukan lain bagi mediasi pidana atau *ishlah* dapat diterapkan yaitu dengan *al-'afwu 'anil 'uqubah* yang esensinya sama dengan ishlah. *Maslahah* sebagai salah satu asas yang semakin diakui eksistensinya oleh kalangan sarjana hukum Islam (*fuqaha*) dalam melakukan *istinbat al-hukumnya* (*rechtsvinding*), penulis pandang layak digunakan untuk menambah wacana keilmuan hukum pidana. Berangkat dari *Al-'afwu* ini sangat tepat sekali penyelesaian suatu tindak pidana yang dalam hal ini terkait tindak pidana dalam ranah rumah tangga serta tindak pidana lalu lintas, dapat diwujudkan dengan media lain (non pidana).

Ishlah dalam perkara *diyat* tidak boleh dilakukan melebihi dari yang telah diwajibkan *diyat*, karena kelebihan terhadap *diyat* dihitung sebagai *riba*. *Ketiga*, hukuman dapat gugur jika pelaku tidak mendapatkan maaf (*Afwu*) dari korban atau walinya. Adapun dalam perkara *hudud* tidak boleh ada maaf, karena ia menyangkut hak Allah SWT. Maaf yang memberikan, baik itu diberikan oleh korban ataupun wali *al-amr* adalah tidak sah.

Berkeenan dalam permasalahan tindak pidana Kekerasan dalam rumah Tangga pemberian penggantian dengan memberikan Restitusi terhadap korban (Istri) dinilai sangat tepat apabila disertai dengan bimbingan secara konseling kepada suami itu sendiri dengan pengawasan oleh Lembaga tertentu. Hal ini dirasa perlu, karena dalam perkara KDRT memicu timbulnya perceraian didalamnya sehingga sangat tidak etis ketika penggunaan mediasi pidana dilakukan baik korban dan pelaku memilih untuk mengakhiri ikatan perkawinannya. Undang-undang PKDRT sendiri Pasal 50 huruf (b) mengamini dengan adanya putusan tambahan yang dilakukan oleh hakim

c. Ditinjau dari Alasan Sosiologis.

Peluang dari *ishlah* atau *tahkim* dalam rangka menjadikan mediasi pidana nasional sebagai upaya luar biasa kiranya perlu segera di tindak lanjuti sebagai langkah besar dalam perkembangan hukum pidana pidana baik secara materiil dan formil.

Formulasi dan perkembangan dalam rangka pembaharuan hukum pidana serta sistem peradilan pidana di Indonesia kedepan. Mediasi pidana (*Ishlah*) kedepan sebagai wadah atau proses yang cepat dalam wujud keadilan restoratif dalam proses penyelesaian tindak pidana tertentu dalam hal ini penulis memberikan kajian tindak pidana KDRT dan tindak pidana yang berkaitan dengan Lalu Lintas. Memahami mengaplikasikan *Ishlah* dalam kehidupan, masyarakat tidak selaku

hanya diterapkan dalam kalangan umat muslim saja, akan tetapi juga bisa di aplikasikan dalam masyarakat manapun.

Islam sebagai agama *Islām sâlihun likulli zaman wa makan*. memberikan cara pandang yang kompleks dalam rumusan *ishlah*, bahwa dampak sosial lahirnya mediasi pidana (*ishlah*) bersifat universal, termasuk dalam konteks kebangsaan dan bernegara, hal ini sangat relevan dalam sistem hukum pidana dengan tujuan hukum pidana, serta nilai keseimbangan dalam hukum pidana itu sendiri dengan basis keadilan yang restoratif.

2. Praktek penyelesaian Mediasi Pidana Indonesia dalam sistem hukum pidana sudah sesuai dengan mediasi pidana Islam.

Keseluruhan praktek penyelesaian tindak pidana kekerasan dalam rumah tangga serta tindak pidana kecelakaan lalulintas dengan menggunakan mediasi pidana atau *ishlah*, telah sesuai dengan norma kemaslaahatan dalam hukum pidana Islam.

Mediasi pidana sebagai entitas hukum yang merupakan bentuk moderanisasi hukum pidana, mampu menjawab ketimpangan proses peradilan yang terlalu pragmatis. Keberadaan mediasi pidana atau *ishlah* dalam beberapa perkara pidana diatas penulis dapat menyimpulkan kontribusi hukum pidana Islam terhadap mediasi pidana dalam pembaharuan hukum pidana kedepan sangat memberikan nilai yang berbeda dari sistem peradilan pidana yan pragmatis menjadi keadilan yang restoratif. Nilai keseimbangan (*monodualistik*) hukum pidana yang senada

dengan kemaslahatan dalam hukum pidana Islam sangat melihat realitas kepentingan umum /masyarakat atau kepentingan umum/ individu secara jelas.

B. SARAN.

1. Perlunya pengembangan studi lanjutan melalui berbagai penelitian atau pengajaran di Fakultas Hukum terhadap pendekatan mediasi pidana melalui keadilan *restorative justice* yang memberikan perhatian kepada korban yang nyata dalam nilai kehidupan masyarakat. dengan adanya lembaga mediasi pidana yang kiranya akan menampung berbagai perkara baik dalam lingkup instansi penegakhukum atau berdiri sendiri yang bersinergi dengan lembaga peradilan sebagai bahan pertimbangan. Serta dibutuhkannya seorang mediator yang memiliki keahlian di bidangnya, baik dari aparat penegak hukum atau tokoh masyarakat.
2. Secara yuridis perlunya pembentukan peraturan perundangan yang mengatur mediasi pidana itu sendiri. serta batasan kategorisasi tindak pidana mana saja yang dapat diselesaikan dengan mediasi pidana, dengan tahapan formulasi mediasi pidana di masa yang akan datang jika pada prakteknya proses penyelesaian perkara tindak pidana dengan menggunakan mediasi pidana telah tercapai maka proses penuntutannya diberhentikan. Jika dalam perkara tindak pidana ringan mediasi pidana dapat dilakukan dalam tahapan penyidikan dan penuntutan, namun, jika tindak pidana dirasa berat maka mediasi pidana akan ditetapkan oleh Hakim.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku :

- Abdurahman, *Pembaharuan Acara Pidana*, Bandung: Alumni, 2005
- Abdul Rahim dalam Abdul Aziz Said, Nathan C. and Ayse S. Kadayifci, *Peace and Conflict Resolution in Islam*, (New York: University Press of America, 2007
- Adi Sulityono, *Mengembangkan Paradigma NonLitigasi di Indonesia*, Surakarta: UNS Press, 2006
- Andi Hamzah, *Jaksa di Berbagai Negara peranan dan kedudukannya*, Sinar Grafika, Jakarta 1995
- Ahmad Bahiej, Dkk, *Pemikiran Hukum Pidana Islam Kontemporer*, Yogyakarta, Pokja Akademik. 2006
- Ahmad Faidy Haris, *The Spirit of Islamic Law; Membongkar Teori Berhukum Statis Menuju Hukum Islam Dinamis*, SUKA Press UIN Sunan Kalijaga, Yogyakarta, 2012
- Ali Imran, *Pertanggungjawaban Hukum: Konsep Hukum Islam dan Relevansinya dengan Cita Hukum Nasional Indonesia*, Walisongo Press, Semarang, 2009
- Arifin, HM, Prof. 2000. "Filsafat Pendidikan Islam", Cet. VI. Jakarta: PT. Bumi Aksara
- Arif Gosita, "Masalah Korban Kejahatan" (Edisi III), Jakarta: Buamailu Popular
- Arif Hamzah, *Thesis, Konsep Ishlah dalam Perspektif fikih*, UIN, Syarif Hidayatullah, Jakarta, 2008.
- Aruan Sukijo dan Bambang Purnomo, "Hukum Pidana Dasar Aturan Umum", Ghalia Indonesia, Jakarta 1990

- Ayu Achjani zulfa, *Pergeseran Paradigma Pemidanaan*, CV. Lubuk Agung, Bandung 2011
- Badan Pembinaan Hukum Nasional, *Pola Pikir dan Kerangka Sistem Hukum Nasional*, Jakarta,
- Barda Nawawi Arif, "*Mediasi Penal, Penyelesaian perkara pidana diluar pengadilan*". Pustaka magister Semarang, 2012
- Barda Nawawi Arief, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana Perkembangan Penyusunan KUHP Baru*, Cet 3, Jakarta:Kencana, 2011
- Barda Nawawi Arief, "*Pembaharuan Hukum Pidana dalam persepektif dan perbandingan*", PT citra aditya bakti, Bandung 2005
- Barda Nawawi Arief, *Kebijakan Hukum Pidana:Perkembangan Penyusunan Konsep Baru*, Jakarta: Kencana, 2008,
- Barda Nawawi Arief, "*Kapita Selekta Hukum Pidana*", Penerbit PT Citra Aditya Bakti, Bandung.2003.
- Barda Nawawi Arief , *Beberapa Aspek Kebijakan Penegakan dan pengembangan Hukum pidana*, Bandung: Citra Adi Bakti, 2005
- Brian G Steel, *The Use of Restorative Practies in Scottish School: bilding Relationship and Managing Behavior*, North Lanarkshire Council, 29 Oktober 2008
- Busthanul Arifin, *Pelembagaan Hukum Islam di Indonesia Akar Sejarah Hambatan dan Prospeknya*, (Jakarta: Gema Insani Press, 1996),
- C. Barton, *Empowerment and Retribution ini Criminal Justice*. In: H. Strang, J. Braitwaite (eds), "Restorati- ve Justice: Philosophy to Practice". *Journal TEMIDA* Mart 2011. Aldershot: Ashgate/Dartmouth
- Darmoko dan Arya, "*Diskresi Haki (Sebuah Instrument Menegakkan Keadilan Substantif dalam Perkara-perkara Pidana*", Alfabeta, Bandung

- Eva Achjani Zulfa, *Keadilan Restoratif di Indonesia (Studi tentang Kemungkinan Penerapan Pendekatan Keadilan Restoratif dalam Praktek Penegakan Hukum Pidana)*, Disertasi Fakultas Hukum Program Doktor Ilmu Hukum, 2009
- Ensiklopedi Hukum Islam (Jakarta : PT Ictiar BARu Van Hoeve, 2003)
- Fatahillah Abdul Syukur, “*Community Mediation Training in Bali and Papua: Accessto Justice in Indonesia*” in *1st Asian Mediation Association Conference* (Singapore 2009).
- Fathurrahman Djamil, *Metode Ijtihad Majelis Tarjih Muhammadiyah*, Logos Publishing House, Jakarta
- Gatot Soemartono, *Abitrase dan Mediasi Di Indonesia*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2006
- Harjito Notopuro, “*Pokok-pokok Pemikiran tentang Pembangunan dan Pembinaan Hukum Nasioanal*”, Bina Cipta, Bandung, 1995
- Hendro Puspito, *Sosiologi Agama*, Yogyakarta: Kanisius, 1989
- Hilman Hadi Kusuma.1979. Hukum pidana Adat. Bandung; Alumni; dan Natangsa Surbakti, Gagasan Lembaga pemberiaan maaf dalam Konteks Kebijakan Pembaharuan sistem Peradilan Pidana di Indonesia
- Ibnu Artadi, Jurnal Huku, *Dekorstruksi Pemahaman Penyelesaian Perkara Pidana Melalui Prosedur Perdamaian*. Jurnal Hukum Pro Justicia Vol 25 No. 1 Januari 2007
- Imam Ahmad Ibnu Nizar, *Kaidah-Kaidah Hukum Islam*, Ctk. Pertama, Nusa Media, Bandung, 2011
- Imron Anwari, Peneapan Hukum pidana Kini dan Masa Mendatang. Genta Publishing Yogyakarta, 2014
- I Made Widyana, *Kapita Seleкта Hukum Pidana Adat*, PT. Eresco, Bandung, 1993.
- Jalaluddin Rahmat, *Reformasi Sufistik*, Bandung: Pustaka Hidayah, 2002

Jimly Ash-Siddiqie, “*Pembaharuan Hukum Pidana Indonesia* “, Bandung: Angkasa, 1995

Journal Kriminologija Socijalna Integracija Year 2009 Vol 17 Issue 1 Pagesrecord No. 55-68, 2009, London Metropolitan University Department of Applied Social Sciences

Karen M Sowers. *Reforming Juvenile System; a Development Approach*, (New York: Macmillan Press, 2008)

Lili Rasidi & I.B. Wiyasa Putra, *Hukum Sebagai Suatu Sistem*, Bandung : Remaja Rosada Karya, 1993

Mahrus Ali, “*Menggugat Dominasi Negara* “, Yogyakarta, Rangkang, 2010.

Mahrus Ali, Syarif Nurhidayat, *Penyelesaian Pelanggaran HAM Berat In Court System & Out Court System*, Jakarta : Gratama Publishing, 2011

Mardjono Reksodiputro: *Pengabdian Seorang Guru Besar Hukum Pidana*, Jakarta: Studi Hukum Pidana, Sentra HAM dan Badan Penerbit FH UI, 2007

Mark Umbreit, “*Introductin: Restorative Justice Through Victim Offender Mediation*”, dalam *The Handbook of Victim Offender Mediation: An Essential Guide to Practice and Research*, ed Umbreit, M., Jossey-Bass, San Fransisco, 2001

Mason C. Hoadley, *Islam dalam Tradisi Hukum Jawa dan Hukum Kolonial*, (Yogyakarta: Graha Ilmu, 2009)

Muhamad Daud Ali, *Hukum Kebangkitan Islam dan Perkmembangan di Indonesia*”, Al-Maarif : Bandung, 1997

Muhammad Saifullah, *Mediasi Dalam Tinjauan Hukum Isalam dan Hukum Positif Di Indonesia*, cet I. (Semarang: Walisongo Pres, 2009)

Muhammad Shahrour, *Metodologi Fiqih Islam Kontemporer*, Judul Asli: Nahwu Usul, Jadidah Li al Fiqih al Islami, cet.I, penerbit eLSAQ Press, 2004

- Muladi, *Hak asasi Manusia, Politik dan Sistem Perdilan Pidana*, Semarang: Badan Penerbit Universitas Diponegoro, 2002
- Muladi dan Barda nawawi Arief , “*Teori-Teori dan kebijakan Hukum pidana*”, Bandung: Alumni, 1992
- Mutaz M. Qafisheh, *Restorative Justice in the Islamic Penal Law: A Contribution to the Global System*, International Journal of Criminal Justice Sciences, Vol 7 Issue 1 January – June 2012, hlm 488.
- M. Faal, *Penyaringan Tindak pidana oleh Polisi (Disresi Kolisian)*, Pradnya Pramita, Jakarta,
- M. Nurul Irfan, Musyarofah, *Fiqh Jinayah*, Cet I, Jakarta : Hamzah, 2013
- M. Abdul Kholiq AF, Meteri Kuliah Pembaharuan Hukum pidana “*Konsep Pemikiran Baru Hukum Pidana*”, Magister Hukum Universitas Islam Indonesia. 2015
- _____ “*Kontribusi Hukum Pidana Islam Dalam Pembaharuan Hukum Pidana Nasional*”, Tesis, Universitas Diponegoro, 2001
- Moh. Koesno, *Catatan-catatan Terhadap Hukum dan Dewasa Ini*, Surabaya: Airlangga University Press, 1979
- Mudzakir “*Posisi hukum korban kejahatan dalam sistem perdilan pidana*”. Disertasi, Jakarta : Program Pascasarjana FH UI, 2001
- M. Quraish Shihab, *Wawasan Al-Qur’an; Tafsir Maudhu’i atas Pelbagai Persoalan Umat*, Bandung: Mizan, 1998
- Munawir Sadzali, “*Landasan Pemikiran Politik Hukum Islam dalam rangkai Pembentukan Peradilan Agama di Indonesia*”,
- Nasruddin Rusli, *Konsep Ijtihad al-Syaukani; Relevansinya Bagi Pembaharuan Islam Di Indonesia*, Ciputat, Logos Wacana Ilmu, 1999
- Nico Keizer dan D. Schaffmeister, *Beberapa Catatan Tentang Rancangan Permulaan 1998 Buku I KUHP Baru Indonesia (Belanda: Driebergen/valkenburg, 1990)*,

- Riduan Syahrani, *Beberapa Hal Tentang Hukum Acara Pidana*, Bandung: Alumni, 1983
- R.A. Duff, “*Restorations dan Retribution*” dalam von Hirschi et.el., *Restoration Justice dan criminal justice*, Hart Publishing, 2003
- R. Budi Wicaksono, *Community Plicing dan Restorative Justice* Sebagai Paradigma Baru dalam Resolusi konflik, Tesis, FIPS UI, 2008, akses 29 sep 2016
- Rodney A. Ellis dan Karen M. Sowers, *Juvenile Justice Practice: Across Disciplinary Approach to a Intervention*, Belmont, Wadsworth, 2001
- Romli Atmasasmita, *Kapita Seleka Hukum Pidana dan Kriminologi*, Bandung : Mandar MAju, 1995
- Ronny Hanitijo Soemitro, “*Masalah-masalah sosiologi Hukum*”, Bandung: Sinar Baru, 1984
- Sabri Samin, *Pidana Islam. Dalam Poliyik hukum Indoensia (elektinisme Pandangan nonmuslim)* cet1, Kholam Publishing, Jakarta , 2008
- Sudarto, “*Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat*”, Sinar Baru, 1983
- Sajuti talib, *Receptio a Contario Hubungan Hukum Adat dengan Hukum Islam*, (Jakarta: Bina Aksara, 1985)
- Sudarto, *Kapita Seleka Hukum Pidana*, Bandung: Alumni, 1986
- Sutomo dan Ahmad Zaenal Fanai (ED), Yogyakarta : UII Press, 2016
- Syaiful Bakhri, *Sejarah pembaharuan KUHP & KUHP*. Cet 1, (Yogyakarta: Total Media, 2011).
- T.M. Hasby Ash-Shiddiqiey, “*Falsafah Hukum Islam*”, Jakarta: Bulan Bintang
- Paulus Hadisuprapti, *Delinkuensi Anak : Penambahan dan penaggulangannya*, Malang : bayu media publishing, 2008

- Warsito hadi Utomo, *Hukum kepolisian di indonesia, Lembaga ilmu pengetahuan indonesia, yogyakarta, 2002*
- Wirjono Prodjodikoro, “*asas-asas Hukum Pidana*, Jakarta:Refita Aditama, 2003,
- Sabri Samin, *Pidana Islam. Dalam Politik hukum Indoensia (elektinisme Pandangan nonmuslim)* ctk 1, Kholam Publishing, Jakarta , 2008.
- Samir aliyah, *Sistem Pemerintahan Peradilan dan Adat dalam Islam*, jakarata:Khalifa, 2004
- Sunoto, “*Mengenal Filsafat Pancasila Pendekatan Melalui Metafisika, Logika dan Etika*, Yogyakarta, Adipura. 2000
- Susansi Adi Nugroho, “*Mediasi sebagai alternative Pnyelesaian Sengketa*. Jakarta: Telaga Ilmu Indonesia, 2009
- Syahrizal Abbas “ *Mediasi dalam hukum syariah, Hukum Adat, dan hukum Nasional*” ,penerbit kencana pranada grup.
- Tim penyusun MKD Sunan Ampel, *Studi Hukum Islam*, Surabaya : IAIN Sunan Ampel Press, 2011
- Tim Penyusun RKUHP, *Naskah Akademis RKUHP (edisi 25 Februari 2015).*,(Jakarta: BPHN (Badan Pembinaan Hukum nasional&Menkumham, 2015).
- Trisno Raharjo” *Mediasi pidana dalam system peradilan pidana*” suatu kajian perbandingan dan penerapannya di Indonesia,lab. Hukum UMY litera buku.
- Wirjono Prodjodikoro, “*asas-asas Hukum Pidana*, Jakarta:Refita Aditama, 2003
- Yanuar Ilyas, *Feminisme Dalam Kajian Tafsir Al-Quran Klasik dan Kontemporer*. Yogyakarta, Pustak Pelajar, 1997

B. Makalah dan Jurnal :

Barda Nawawi Arief, "*Mediasi penal dalam penyelesaian sengketa di luar pengadilan*", makalah di sampaikan pada Seminar Nasional Pertanggung Jawaban Korporasi dalam Konteks Good Corporate Government, program doctor Ilmu Hukum UNDIP, Jakarta 27 maret 2007

Gayus Lumbun, "*Alternatif Dispute Resolutions didalam Sistem Peradilan Pidana,*" Makalah Workshop, Jakarta, 18 Januari 2007

Ivo Aertsen, et.al, "*Restorative Justice and the Active Victim: Exploring the Concept of Empowerment*", *Journal TEMIDA*, Mart 2011

Iwan Zainul Fuad, "Asas Mashlahah dengan Hukum Pidana", artikel pada *Jurnal Hukum Islam*, no. 1 Vol.6, 2008

Muhammad. Abdul Kholiq, *Kumpulan Materi Sistem Pemidanaan Islam "Pemaafan dalam Hukum Pidana"*. Fak. Hukum. UII.

Muhammad Abdul Kholiq, "*Deskripsi Umum tentang pengertian Pembaharan Hukum Pidana*", dalam *Bahan Kuliah Pemabaharuan Hukum Pidana*". Disampaikan di Pascasarjana FH Univeristas Islam Indonesia 2015

Muhammad Abdul Kholiq, AF, *Pedoman Kuliah Hukum pidana, Yogyakarta*, Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia

Muhammmad Abdul Kholiq, "*Kebijakan Adopsi Nilai Agama (Islam) dalam pembaharuan Hukum pidana*". Bahan Perkuliahan Pembaharuan Hukum Pidana pascasarjana Fak. Hukum Universitas Islam Indonesia, 2015

Mansyur Kartayasa, *Restorative Justice dan Prospeknya Dalam Kebijakan Legislasi*, Makalah disampaikan pada Seminar Nasional *Peran Hakim Dalam Meningkatkan Profesionalisme Menuju Peradilan yang Agung*, Diselenggarakan IKAHI dalam rangka Ulang Tahun IKAHI ke-59, 25 April 2012

Mudzakir, "Intergrasi Hukum Islam dalam Hukum nasional: Upaya Restrukturisasi Perundang-Undangan Nasional" dalam Jurnal *Mazhabuna*, No. 2 Tahun II/2003

Mudzakkir, *Alternative Dispute Resolution (ADR): Penyelesaian Perkara Pidana Dalam Sistem Peradilan Pidana Indonesia*, makalah workshop, Jakarta, 18 Januari 2007

Tony Peters, et. Al, *From Community Saaction to Restorative Justice, : The Belgian Example*, Departement of Crmininal and Criminology, Faculty of law, Chatolic University of Leuven, Belgium, 2002

Yunan Hilmi, jurnal, *Penegakan Hukum Oleh Kepolisian Melalui Pendekatan restorative Justive Dalam Sistem Hukum Nasional*. Jurnal RechtVinding Mediasi Hukum Nasional. Vol.2 Nomor 2, Agustus 2013

Saldi Isra, *Agenda pembaharuan Hukum Catatan Fungsi Legislasi DPR dalam Jantera jurnal Hukum*, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan, Jakarta,

Sefriani, Jurnal Hukum, *Urgensi Rekonseptualiasi dan Legislasi Keadilan Restoratif di Indonesia*, Jurnal Vinding Media Pembinaan Hukum Nasional. Vol.2 Nomor 2. Agustus 2013

Prija Djatmika, *Mediasi penal untuk prita*, Artikel pada harian Jawa Pos, edisi 6 Juni Tahun 2009

C. Bahan Online

Annemieke Wolthuis, *Will Mediations In penal Matters be mandatory? The Impact of International Satandards*, fp.enter.net/Restorativepractices/MediationsMandatory, accses 28 January 2017

CSA Teddy Lesamana, Blog " *Prinsip-prinsip dan Model peaksanaan Mediasi Pidana*", akses 3 Desember 2016

Deborah Macfarlane, *Victim-Offender Mediation in France*, <http://www.mediationconference.com>. Acces 10 February 2016.

<http://pn-kepanjen.go.id/>"Mediasi penal"dalam Sistem Peradilan Pidana di Indonesia Pengkajian Asas, Norma, dan Praktik, oleh Lilik Mulyadi. 17-10-2011 akses 27 Januari 2017

Barda Nawawi Arief, *Mediasi Penal: Penyelesaian Perkara Pidana di Luar Pengadilan*. Artikel dalam <http://bardanawawi.wordpress.com/2009/12/27/mediasi-penal-penyelesaian-perkara-pidana-diluar-pengadilan/2009>, diakses pada tanggal 24 mei 2016

Ivo Aertsen, Restorative justice in A European Perspective, http://www.extern.org/restorative/99_Conf_Aertsen.htm, acces 10 february 2016

<http://id.shvoong.com/social-sciences/counseling/2242608-mediiasi-dalam-islam/#ixzz27yI7xCs0> acces 20 juni 2016

Miers, david (2001): an international Rievew of Restorative Justice, P7, dalam tulisan Dr, Juhani Livari, Victim-offender Mediations-An Alternative, An Addition, Or Nothing But A Rubbish Bin in Relation to Legal Proceeding, www.retorattivejustice.org/resources/docs/iivaril/doenload acces 1 february 2016

New York State Dispute Resolution association, Inc, *Alternative Dispute Resolutions in New York State*, an Overview, acces : 26 januari 2016

Detlev Frehsee (professor of criminology and criminal Law, Unversity Of Bielefeld, Germany), :*Resolutions and offender victim arrangement in german criminal law: Development and Theoretical Implications*”, <http://wings.buffalo.edu/law/bclc/bclr.htm>

Stefanie Trankle, “The Tension between Judicial Control dan Autonomy in Victim-Offender Mediation – a Microsociological Sudy of a Paradoxical Procedure Based on Example of the Mediations Procces in germany an france ,http://www.iuscrim.mpg.de/forsh/krim/traenkle_e.html. Acces 12 Januari 2016

Tony Peters, From Community sanction to restorative Justice The Belgian Example, UNAFEI, ANNUAL REPORT FOR 2002 and RESOURCE MATERIAL SERIES No 61, Fuche, Tokyo, Japan September 2003, o. 196. www.unafei.or.jp/english/pdf/PDF_rms/no61/ch12/pdf. Acces west.law

<http://www.pa-pekalongan.go.id> “ Mediasi dalam konsep Islam” akses 6 desember 2016 31 januari 2016

D. Peraturan Perundang Undangan :

Peraturan Mahkamah Agung RI No.2 tahun 2003 Tentang Prosedur Mediasi Pengadilan

Surat Kapolri No Pol : B/3022/XII/2009/SDEOPS, tanggal 14 Desember 2009 tentang Penanganan Kasus Melalui Alternatif Dispute Resolution (ADR).

Peraturan Mahkamah Agung No 1 Tahun 2008 tentang Mediasi

Undang-Undang No. 11 Tahun 2012 tentang Sistem peradilan Anak.

Undang-Undang Nomor 48 Tahun 2009 tentang kekuasaan Kehakiman RI.

Undang-undang No.2 Tahun 2009 tentang Lalu-Lintas Angkutan Jalan.

E. Al-Qur'an dan Hadist:

- M. Quarish Shihab, *Tafsir Al-Mishbah; Pesan, Kesan dan Kreasi Al-Qur'an*, Volume 1, Cet. Kedua, Lentera Hati, Jakarta, 2004
- Bachtiar Surin, *Az-Zikra “Terjemah dan Tafsir Al-Quran*
- *Al-Baqarah (2) : 59, 179, 224*
- *An-Nisa (4) : 35*
- *Al Hujurat : 10*
- *Al – Syura : 38*
- *Al- Imran : 154*
- Ahmad ibnu Hanbal, *Musnad Ahmad*, (Beirut: Darul Fikr, T.th), hadits ‘Uqbah ibn ‘Âmir, juz 35
- Muhammad Fu’âd ‘Abdul Bâqî, *al-Mu’jam al-Mufahras Li Alfâzh al-Qur’ân al-Karîm*, (al-Qâhirah: Dar al-Hadis, 1428H/2007 M)
- Ibn Rusyd Al-Qurtubi, *Bidayah Al-Mujtahid*, Juz II, Beirut: Dar Al-Fikr, hal 303.

- Al-Gazzali, *al-Mustasfa Min 'Ilmi al-Usul*, dalam Ahmad Faidy Haris, *The Spirit of Islamic Law*

CURRICULUM VITAE



Nama : **Dendy Prasetyo Nugroho, SH.MH**
Tempat, tanggal lahir : **Brebes, 28 Maret 1990**
Agama : **Islam**
Alamat : **Jl. Cendana III, Kota Baru Raya
RT 07 RW 19. Brebes, Jawa
Tengah. 552212**
HP : **085642864501/081902632118**
e-mail : **dendyprasetyonugroho@yahoo.com**

I. DATA PRIBADI

Tempat, tgl lahir : Brebes, 28 Maret 1990
Jenis Kelamin : Pria
Agama : Islam
Status : Lajang
Kesehatan : Baik
Tinggi/Berat Badan : 174cm/70 kg

II. PENDIDIKAN FORMAL

Tahun 2008 - 2013 S1 Ilmu Hukum, Universitas Islam Indonesia Yogyakarta
Tahun 2015 – 2018 S2 Ilmu Hukum, Universitas Islam Indonesia Yogyakarta
Tahun 2005 - 2008 SMAN 03 Brebes
Tahun 2002 - 2005 SMPN 01 Brebes
Tahun 1996 - 2002 SDN 02 Brebes

III. PELATIHAN DAN KURSUS

Tahun 2012 : Pelatihan Pengurusan Hak-Hak Atas Tanah
Tahun 2013 : Pelatihan Legal Opinion Pidana
Tahun 2013 : Pelatihan Pendaftaran Perjanjian Kerja Bersama
Tahun 2014 : English Course (Conversation) ELTI Jogjakarta
Tahun 2014 : Pelatihan Hukum Tata Cara Permohonan dan Penyelesaian Sengketa HAKI
Tahun 2014 : Pelatihan Hukum Contract Drafting
Tahun 2014 : Pendidikan Khusus Profesi Advokat (PKPA) Fak.Hukum, Universitas Islam Indonesia
Tahun 2017..... : lulus Ujian Provesi Advokat (PERADI)

IV. ORGANISASI

Tahun 2010 : Lembaga Eksekutif Mahasiswa Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia (Dep. Politik Advokasi Jaringan
Kemasarakatan)
Tahun 2011 : Lembaga Eksekutif Mahasiswa Fakultas Hukum
Universitas Islam Indonesia (Dep. Media Komunikasi dan
Informasi)
Tahun 2012 : Departemen Penelitian dan Pengembangan di Jogjakarta Traffic
Watch.

V. PENGALAMAN KERJA

- Tahun 2015 : Staff Bidang Penelitian *Centre of Economic Crime
Studies*
(Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia)

Demikian curriculum vitae ini saya buat dengan sebenar-benarnya dan dapat
dipertanggung jawabkan.

Hormat Saya

Dendy Prasetyo Nugroho, SH.,MH

